STUDIO STORICO

SULLA

SUCCESSIONE LEGITTIMA

DALLE XII TAVOLE
AL CODICE CIVILE ITALIANO

PER L' AVVOCATO
EMIDIO PACIFICI MAZZONI

MEMORIA

SCRITTA PER IL CONCORSO ALLA CATTEDRA
D' INTRODUZIONE ALLE SCIENZE GIURIDICHE E DI STORIA DEL DIRITTO
NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

VOLUME UNICO

MODENA
CARLO VINCENZI TIPOGRAFO-EDITORE

1870.

INTENDIMENTO DELL' OPERA

La distinzione di storia interna ed esterna del diritto, se non del tutto vera ed assoluta, è sommamente utile; dacchè per le molteplici ricerche le fonti, i monumenti del diritto si sono oltremisura moltiplicati, e per lo studio profondo e comparato dei medesimi si sono fatte chiare le vere e riposte cagioni delle legislazioni diverse. È un altro aspetto, sotto cui si presenta necessaria la divisione del lavoro.

La storia esterna, siccome quella che fornisce a dovizia i materiali, che addita e dischiude tutte le sorgenti della giurisprudenza, è senza fallo utilissima: può in certa guisa appellarsi l' archeologia della scienza legislativa. Ma nel saper discernere la purezza della vena nativa dal rigagliolo accresciuto e intorbidato da impuri affluenti, come

altresì nell' uso sapiente di materiali raccolti la scienza propriamente e precisamente consiste.

Le idee che un popolo si abbia sulla costituzione sociale e politica, le dottrine che professi sul movimento economico della ricchezza mobile e immobile, i sentimenti più o meno nobili cui s' ispiri, si riproducono quasi altrettante emanazioni o derivazioni nelle istituzioni del giure privato. Cotali idee pertanto, cotali dottrine e cotali sentimenti di necessità costituiscono le ragioni vere, sode e recondite delle leggi civili. Quando con fine analisi e con cotesto intendimento si è esaminata, sotto tutti gli aspetti, la condizione di un popolo, nel periodo a cui rimonta la storia del diritto; quando ad ogni nuova legge promulgata, ad ogni modificazione introdotta si è avuto l' occhio ai mutamenti morali, politici ed economici: quando mettendone in rilievo i nessi razionali e necessari o accidentali e opportuni, si prosegue cotale studio fino all' epoca presente, si può con qualche confidenza essere persuasi di possedere non pure la lettera materiale, ma la vera intelligenza e il vero spirito della legislazione che attualmente ne governa.

Ecco la ragione per la quale tenendo in maggior conto l' idea del monumento che la ricorda, figgendo l' occhio della mente piuttosto al nesso razionale che al cronologico, e stimando più utile il fare dei sapienti anzichè degli eruditi, noi, nella cattedra almeno, daremmo la preferenza alla storia interna in paragone dell' esterna.

Il presente lavoro è un' imperfetta estrinsecazione dell' idea che ci ferve nella mente, è un saggio inteso soltanto a indicare la strada, che, reputando la più proficua, batteremmo nel coltivare la storia del diritto, al proposito di invigorire gl' intelletti e mirare alle utilità pratiche.

Non fu nostra pretesa d' incarnare adequatamente siffatta idea, neppure in questa storia parziale delle successioni legittime. Le angustie del tempo,[1] e l' insegnamento non ci hanno consentito che di disegnare in un piccol quadro i lineamenti del loro svolgimento storico che più

[1] *Il concorso alla cattedra d' Introduzione alle Scienze giuridiche e di Storia del Diritto nella R. Università di Bologna, per il quale è stata scritta questa Memoria, fu aperto sul principio di Decembre e si chiude col finire di Febbraro.*

spiccati si presentano nella grand' epoca romana, nella mediovale e nella moderna.

Se quindi per ogni nostro lavoro abbiamo dimandato molta indulgenza, ben maggiore ci è necessaria per questa memoria, in cui, fra gli altri difetti, non sempre l' esecuzione e la forma corrispondono alla bontà del concetto.

Modena, Febbraro 1870.

STUDIO STORICO
SULLA SUCCESSIONE LEGITTIMA
DALLE XII TAVOLE
AL CODICE CIVILE ITALIANO

---

§. I.

Il primo monumento di legislazione romana, in cui appariscono distinti i due ordini di successione testamentario e legittimo, è la legge delle XII Tavole.

Prima di questa legge, la storia del diritto romano non registra che due forme di testamento, cioè il *testamentum comitiis calatis*, e il *testamentum in procinctu*. In questi due testamenti, checchè siasene detto in contrario, faceva la disposizione non l'arbitrio, non la *nuda voluntas* del testatore, ma il voto del popolo o

radunato nei comizi, sia per curie sia per centurie, o rappresentato dall'armata o da una frazione di essa.

Questi testamenti erano leggi speciali che derogavano alle generali sulla delazione dell'eredità, la quale perciò in ambedue i casi era deferita medesimamente per legge. Sembra poi che il *testamentum comitiis calatis* non venisse votato dal popolo se non quando quegli, che dalla legge generale sarebbe stato chiamato alla successione per diritto di famiglia, ne fosse divenuto indegno, avendo rotto con un fatto indegno i rapporti della famiglia medesima; e sembra pure che il medesimo testamento votato dal popolo creasse nuovi rapporti di famiglia fra il testatore e l'erede, quasi per una specie di adozione. Laonde anco in cotesto testamento la eredità si sarebbe devoluta per ragione di famiglia, rimanendo così la stessa base della successione tanto nella devoluzione per legge generale quanto in quella per legge speciale. Lo che escluderebbe maggiormente l'arbitrio dell'individuo. Forse la stessa considerazione potrebbe farsi sul *testamentum in procinctu*, ove non ci rattenesse il cumolo de' privilegi che ebbero i militari.

Ma dal silenzio della storia ci guardiamo bene di dedurre, che il diritto di successione sia stato

istantaneamente modificato dalla legge delle XII Tavole. Crediamo anzi che il diritto di disporre per testamento, giusta il proprio arbitrio, riconosciuto solennemente dalla legge delle XII Tavole, sia stato il prodotto di una lenta trasformazione dell'antico diritto. Che se non ci è dato dire, come questa trasformazione siasi operata, e rintracciare le fasi successive per le quali sarà dovuta passare, possiamo però affermare con sicurezza, che la lotta impegnatasi dai plebei contro i patrizi per l'eguaglianza dei diritti non può non avervi esercitato una grande influenza, possiamo addurre i molti rapporti che esistevano fra la legge delle XII Tavole e il diritto anteriore, ed in fine possiamo giovarci dello sviluppo posteriore del diritto per arguire l'anteriore.

§. II.

I caratteri delle due successioni, testamentaria ed intestata o legittima, sono nella legge delle XII Tavole quelli della più assoluta opposizione. In vero la legge assoluta *uti paterfamilias legassit super familia, pecunia, tutelaque suae rei, ita jus esto*, dà un potere assoluto, illimitato al *paterfamilias* di disporre della sua eredità, e quindi

senza riguardo alcuno alla sua famiglia, per quanto intimissimi vincoli naturali e civili lo legassero a questa. Era l'arbitrio di lui che solo dominava nel testamento, arbitrio che trovava la sua base, da una parte, nel potere assoluto di lui padrone delle cose sue, e dall'altra, ove ne fosse il caso, nella illimitata potestà di lui, *paterfamilias*, sulle persone della sua famiglia; la quale illimitata potestà impediva, che i *filiifamilias* potessero avere e far valere diritti contro del medesimo.

Per l'opposto la successione intestata o legittima aveva per sua base la famiglia.

Ma questi due sistemi opposti non potevano coesistere in pace lungamente, ed era inevitabile che, posti a contatto l'uno dell'altro, sorgesse una lotta, con la quale la famiglia mirasse a sottrarre all'arbitrio del *paterfamilias*, quanto ad essa era dovuto per la natura e la potenza dei rapporti di sangue che passavano fra essa e il suo capo.

Non è nostro ufficio di descrivere questa lotta e la vittoria riportata dalla famiglia, essendosi combattuta nel doppio campo della successione testamentaria e legittima e più di quella che di questa. Tuttavia nel tessere la storia della successione legittima toccheremo, per quanto

accessoriamente, della successione testamentaria; imperocchè la lotta non finì col predominio assoluto della famiglia sulla volontà del *paterfamilias*, ma con un reciproco accordo, che ha lasciato sussistere e operare armonicamente i due ordini di successione, testamentario e legittimo. La famiglia non si spinse sino a sottrarre tutta la eredità del *paterfamilias* dal diritto di libera disponibilità, spettantegli in vita e riconosciuto operativo per il tempo dopo la morte di lui: no, essa si limitò a sottrargli quella parte di eredità che fu detta *legittima* e gliene lasciò il resto. Con la legittima fu riconosciuto e soddisfatto il diritto di famiglia sulla eredità del *paterfamilias;* con la quota disponibile fu attribuita una conveniente forza al diritto di proprietà, e quindi di disposizione, di costui in riguardo alla efficacia del medesimo dopo la sua morte. Onde la *legittima* apparisce, come fu, il mezzo di conciliazione fra i due opposti sistemi dell'arbitrio del *paterfamilias* e del diritto di famiglia, e fu ed è il perno della loro armonica coesistenza.

§. III.

La successione legittima o intestata è la successione della famiglia nel patrimonio del defunto. Essa quindi necessariamente è regolata sulla costituzione della famiglia medesima e ne segue le fasi. Ciò del resto è in armonica relazione con lo spirito generale del diritto romano, in cui i rapporti *reali* sono regolati sui *personali*.

La famiglia ha radice nel gius di natura ed è fornita di un carattere di necessità indipendente affatto dal gius positivo; perocchè, per la differenza di sesso, ciascuno individuo rappresenta incompletamente l'umanità e deve completarsi col *matrimonio*; per la sua esistenza limitata nel tempo lascia dopo di sè molti rapporti che debbono essere continuati e non spezzati, onde gli conviene riprodursi, perpetuando così non solo la specie ma sino ad un certo punto sè medesimo; e finalmente, per la sua organizzazione, egli in sul nascere e per molti anni appresso non ha forze bastanti per vivere ed operare da sè, onde gli è forza di stare affidato ad altri, finchè le sue forze, sotto la legge naturale del loro sviluppo e sotto la

legge morale dell'educazione, si accrescano sino al punto di renderlo indipendente.

La famiglia inoltre è per l'uomo un'organizzazione essenzialmente morale in tutte le sue parti costitutive e in tutti i suoi rapporti.

Infine la famiglia assume un carattere legale, quando il diritto positivo le dà la forma.

Tre elementi adunque si trovano nella famiglia, l'elemento naturale, l'elemento morale e l'elemento legale.

§. IV.

Senza dubbio questi elementi si riscontrano nella famiglia romana. Ma il diritto romano, nel darle la forma, non tenne sempre conto dell'elemento naturale e non serbò sempre a questo la parte che si conveniva, sostituendogli un elemento puramente artificiale; fenomeno che del resto apparisce non pure nella storia del diritto de' singoli popoli ma nella storia dell'umanità, alla quale non fu concesso di conseguire la perfezione con l'intuito, ma di giungervi attraverso gli errori e i pregiudizi che invalsero nel tempo e nello spazio e che or più or meno, con più o men fitto velo, ad essa umanità la celano.

In quanto alla storia del giure romano, essa

ci mostra nella istituzione della famiglia, come in tutte le altre, lo stesso fenomeno del predominio del *jus civile proprium romanorum*, della susseguente lotta mossagli dal *jus gentium* o *naturale* e in fine della loro armonia. E quindi nella costituzione primitiva della famiglia romana noi troveremo riflesso il carattere tutto proprio del popolo romano; cioè vi troveremo riflessa la sua fortissima organizzazione politica e insieme sacerdotale che opprimeva l'individuo, la confusione del diritto privato col pubblico con una eminente prevalenza di questo su quello, e le idee e le pratiche religiose coordinate sovente a scopi politici ma influentissime su di un popolo naturalmente superstizioso, reso così più docile a sopportare il grave giuoco che i patrizi coadiuvati dai sacerdoti gli avevano imposto.

In appresso la famiglia naturale, quasi ecclissatasi nell'epoca della costituzione della famiglia legale, non si sa per quale misteriosa azione del tempo, ma pur sempre viva, risorse e, appoggiata sul legame di sangue e sui sentimenti e le obbligazioni che genera, incominciò dapprima a minare sordamente la famiglia legale, e quindi le mosse guerra aperta e non depose le armi, finchè non si fu del tutto impadronita dell'impero, già occupato dalla sua antica e potentissima rivale.

§. V.

Il principio fondamentale della famiglia romana fu nella sua originaria costituzione la *patria potestas*, in quanto che si era membri di essa, non perchè figlio o moglie ma perchè soggetto a cotale potestà.

La *patria potestas* si aveva dal capo della famiglia, *paterfamilias*, sui figli nati dal suo giusto matrimonio e sulle persone dal medesimo adottate od arrogate. Ove poi quelli o queste, cioè i *filiifamilias*, avessero avuti alla lor volta dei figli parimente da giuste nozze, la *patria potestas* del *paterfamilias* si estendeva su questi suoi nipoti e, ne' congrui casi, sui pronipoti ed altri discendenti e sulle loro rispettive mogli che *convenerant in manum mariti*. La *patria potestas* era negata al *filiusfamilias* sui figli suoi e sulla moglie sua, perchè *in sua potestate non videtur habere qui non est suae potestatis.*[1]

Ma al cessare di siffatto impedimento, ossia al cessare di essere *filiusfamilias alieni juris* o soggetto alla *patria potestas* per divenire *sui juris* o *paterfamilias*, incominciava a godere sui

[1] Leg. 21 D. ad Leg. Juliam de adult. coerc. XLVIII, 5.

figli suoi e sui discendenti di questi quella stessa *patria potestas* che già fu goduta dal padre suo sulle medesime persone.

Quindi, allo sciogliersi della *patria potestas*, ne erano liberati solo quelli che vi erano soggetti *immediatamente*, ossia che non ricadevano sotto la *patria potestas* di alcun altro. Tali erano necessariamente i figli, ma tali potevano essere eziandio i nipoti e i pronipoti, il genitore e il progenitore dei quali fosse premorto, o avesse sofferto la diminuzione di capo massima o media, o fosse stato emancipato o dato in adozione.

Donde risultava, che la *patria potestas* avuta in vita non poteva avere dopo la morte del titolare alcuna efficacia sulle persone che ricadevano sotto la *patria potestas* di un'altro, rimanendo quella elisa da questa, di cui d'altronde nulla poteva autorizzare, nè manco suggerire la diminuzione. Nè dall'altro canto queste stesse persone potevano reclamare veruno dei diritti risultanti dal rapporto di *filiusfamilias* col *paterfamilias*.

§. VI.

La *patria potestas* era un potere assoluto ed improntato di una durezza e di un rigore tutto

proprio dei romani e non si sa di quale altro popolo affine: *fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*[1] In vero essa sa tanto del diritto di proprietà sulle persone dei *filiifamilias* che a fatica se ne può distinguere.

In fatti, tralasciato che le azioni appartenenti al *paterfamilias* per ricuperare il figlio e persino per ritogliere la figlia al marito, benchè gli si fosse disposata con il suo consenso,[2] erano simili a quelle relative alle cose,[3] egli, il *paterfamilias*, aveva il diritto di venderli;[4] ne assorbiva, per così dire, la personalità in modo che il *filiusfamilias* era identificato col padre, come la cosa è identificata col proprietario in forza del diritto di proprietà, *cum pater et filius eadem esse persona fere intelligantur;*[5] a lui apparteneva

[1] Gaji Comm. I, §. 55. Gaio nomina un altro popolo presso il quale la patria potestà era eguale a quella dei Romani, ma il nome è inintelligibile (Gans, Note sui com. di Gaio p. 86).

[2] È saputo che il matrimonio della figlia non sottraeva questa *ipso jure* dalla potestà del padre, e che furono necessarie delle disposizioni speciali per proteggere lei e il marito contro l'abuso che il padre poteva fare della sua potestà (Paulus, V, 6. §. 15; Gaji Com. I, 112, 123 e 126).

[3] Leg. 1. §. 2. D. de rei vind. VI, 1; Leg. 37 e 38. D. de furtis, XLVII, 2; Leg. 5. C. de exhib. lib. XLIII, 30.

[4] Tab. IV, 2.

[5] Leg. ult. C. de impub. et aliis subst. VI, 26.

tutto ciò che acquistava il figlio, siccome al proprietario appartiene per diritto di accessione tutto ciò che si aggiunge ad una cosa; più ancora, il figlio acquistava pel padre anche la gloria, nel senso almeno che *coronam virtute partam et ei qui peperisset et ejus parenti, sine fraude, esse lex impositam jubet;*[1] in fine la stessa famiglia del figlio era soggetta alla patria potestà del padre di lui, in quanto che il figlio acquistava pel padre puranco la *manus* sulla moglie e la *patria potestas* sui figli propri.[2] Ove poi il *jus vitae et necis* non si riferisse all' ordine della giurisdizione penale della famiglia, siccome si può, sebbene con una certa deviazione dal principio predominante nella *patria potestas*, esso *jus* apparirebbe lo stesso diritto che ha il proprietario di disfarsi, di distruggere le cose sue.

Pur tuttavia la immane *patria potestas* del *paterfamilias* aveva un limite nel diritto di libertà del figlio, che pur sempre era una *persona* e un cittadino romano. Quegli non poteva privar questo dello *status libertatis* o renderlo schiavo. *Libertati*, memorabili parole di Costantino, *a majoribus tantum impensum est, ut patribus, qui-*

[1] Cicero, de legib. II, 24.

[2] Gaij Com. II. 86-90 e 96; III, 163; Ulpianus, XX, 10; Inst. Per quas personas nobis acquiritur, II, 9.

bus jus vitae in liberos, necisque potestas (olim) erat permissa, libertatem eripere non liceret.[1]

La *patria potestas* si scioglieva con la morte naturale, con la morte civile, consistente nella *capitis diminutio maxima o media*, con la *dignitas* di Flamine diale, di vestale[2] e di Patrizio,[3] ed in fine con l'emancipazione.[4]

§. VII.

La *patria potestas* servì di tipo al diritto positivo per formare artificialmente delle istituzioni estensive del diritto di famiglia, senza però aver potuto comunicare a queste quel carattere di assoluta necessità che essa possiede per virtù della sua base *naturale-morale*. Queste artificiali istituzioni estensive del diritto di famiglia erano cinque.

1.° La *manus;*

2.° La *servitus;*

[1] Leg. 10. C. de patria potest. VIII. 47.

[2] Gaji Com. I, 130; Ulpianus X, 5. Dal momento della consacrazione tanto il *Flamen dialis* quanto la *vestalis* erano sciolti dalla *patria potestas* e per necessaria conseguenza dai vincoli di agnazione. Donde fra gli altri diritti acquistava pur quello di far testamento, come formalmente nota Gellio.

[3] Inst. §. 4. quibus modis jus patr. potest. sol. I, 12.

[4] Ulpianus X, 1; Gaji Com. I, 32.

3.° Il *patronatus;*

4.° La *mancipii causa;*

5.° La *tutela* e la *curatio.*

Per il presente nostro soggetto, che è la successione intestata o legittima di un ingenuo, noi ci limitiamo a parlare della prima, come quella che in relazione al nostro tema ha una importanza grandissima mentre le altre vi hanno rapporti assai meno rilevanti e affatto secondari; forse ancora non hanno per noi alcuna utilità, meno l'ultima che però è troppo estranea al nostro soggetto.

La *manus* era l'autorità che il marito acquistava sulla moglie in forza del matrimonio; e *conventio in manus* si chiamava questo fatto giuridico del divenire la moglie soggetta all'autorità del marito.

Il marito acquistava la *manus* sulla moglie, qualunque forma si fosse usata per la celebrazione del matrimonio, quindi tanto nel rito solenne e sacerdotale della *confarreatio*, o della forma solenne civile della *coemptio cum marito*,[1] quanto con la forma semplice dell'*usus.*

[1] Dico *coemptio cum marito;* perocchè Gajo narra che la donna poteva contrarre la *coemptio* anche *cum extraneo*, per esempio, all'effetto di sottrarsi alla tutela degli agnati e cadere sotto la *manus* di un altro che quindi emancipandola la rendeva indipen-

Ma, ove il matrimonio fosse stato contratto con l'*usus*, cioè con il consenso, seguìto dalla coabitazione della moglie col marito, la moglie passava sotto la *manus* di questo, allora soltanto che l'*usus* fosse durato un anno senza alcuna interruzione; chè in tal caso la moglie era quasi *usucapita* con il possesso annale, *velut annua possessione usucapiebatur*. Al contrario, se la moglie si fosse valsa del diritto accordatole dalle Leggi delle XII Tavole d'interrompere in ogni anno quella specie di usucapione coll'assentarsi per tre notti dal domicilio del marito, essa non cadeva sotto la *manus* di lui.[1] Questo assentarsi della moglie era detta *usurpatio trinoctium*, come l'interruzione di ogni usucapione.

Il matrimonio che produceva la *conventio in manus* chiamossi *rigoroso*, l'altro *libero*.

In quanto ai figli nati dall'uno o dall'altro matrimonio, la loro condizione era perfettamente la stessa: gli uni e gli altri erano medesimamente legittimi e soggetti alla *patria potestas*.

dente, rimanendo egli un *fiduciarius tutor* (Gaji Com. I, 115; Gans note a Gajo p. 147 e 148). La *coemptio cum extraneo* si contraeva pure dalla donna per isgravare i propri beni dalle *sacra (domus)* inerenti ad essi (Cicero pro Murena cap. 12).

[1] Lege dodecim Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in *manum* mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet (Gaji Com. I, 3).

Ma effetti differentissimi producevano sulla condizione della moglie e quindi sui rapporti fra lei e il marito, e sotto certi aspetti, fra lei, divenuta madre, e i suoi figli. Perocchè la moglie caduta sotto la *manus* del marito decadeva dai diritti della propria famiglia per acquistare quelli della famiglia del marito, della quale diveniva parte, partecipandovi eziandio al culto dei penati (*sacra domus*);[1] era pareggiata alla *filiafamilias*[2] e considerata come consanguinea dei suoi figli; acquistava pel marito come i figli pel padre; che anzi da essa passava nel marito, in grazia del diritto di potestà ed a titolo universale *(per universitatem)*, la proprietà di tutte le cose che le appartenevano nel momento della *conventio in manus.*[3] E tale e tanta era la dipendenza della moglie dal marito o da chi per questo ne aveva la potestà che se il marito *sui juris* si faceva arrogare, la moglie ancora diveniva soggetta alla potestà dell'arrogatore, e se *alieni juris* era dato in adozione, anche essa

[1] Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, *divini* atque humani juris comunicatio.

[2] Quae enim cum marito suo facit coemptionem, (ut) apud eum *filiae loco sit*, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem (Gaij Com. I, 114).

[3] *Quam in manum*, ut uxorem, receperimus, ejus res ad nos transeunt (Gaij Com. II, 98).

passava col marito sotto la potestà dell' adottante.

Da ciò seguiva che, contratto il matrimonio di rigore, non era neppure concepibile l' idea della dote, come patrimonio appartenente alla moglie; perocchè la dote accennerebbe nell' ordine de' beni alla indipendenza di lei, nel mentre non ne aveva alcuna. Parimente se la moglie era una *filiafamilias* nel momento della *conventio in manus*, e perciò nulla possedeva, il dono in denaro che sovente il padre dava al marito di lei non costituiva punto ciò che in appresso fu la dote. Per le medesime ragioni non poteva esistere la *donatio ante nuptias* (come primamente fu detta) o *propter nuptias.*[1]

L' acquisto, che il marito faceva del patrimonio della moglie o del dono in denaro ricevuto dal padre di lei, era così pieno ed assoluto, che tutto rimaneva confuso nel patrimonio suo e più non se ne divideva. In fatti Carvilio Ruga, quando nell'anno 520 di Roma ripudiò la sua moglie, non ebbe a restituirle nulla di quanto aveva avuto in occasione del matrimonio e fatto suo per diritto di potestà. Egli è vero che prima di questo tempo, non essendo avvenuto

[1] Leg. 20 C. de donat. ante vel propter nuptias, V. 3.

divorzio, non si era riconosciuta la necessità d'imporre al marito l'obbligo di restituire le cose ricevute; ma cotesta necessità, ravvisata alla prima occasione, dimostra essa medesima l'esorbitanza del diritto di potestà del marito sulla moglie anche per ciò che aveva attinenza ai beni di lei.[1]

Al contrario la moglie che non cadeva sotto la *manus* del marito, continuava a far parte della sua propria famiglia e a goderne i diritti: restava soggetta alla *patria potestas* del suo *paterfamilias* o alla tutela del più prossimo agnato e conservava il patrimonio che avesse avuto.

§. VIII.

Finora abbiamo delineata la famiglia romana nella sua semplice ed originaria organizzazione, avente per base la immane *patria potestas* del *paterfamilias*. E in questa semplice ed originaria organizzazione essa ci appare composta del suo capo, *paterfamilias*, e di tutte le persone soggette alla sua potestà.

[1] Nullas *rei uxoriae* neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse.... S. Sulpicius, tum primum cautiones, rei uxoriae necessarias esse visas, scripsit. (Aul. Gel. IV. 3).

Non è senza utilità l'enumerare e classificare le persone che possono comporre la famiglia, considerate tre ipotesi, che cioè la *patria potestas* risieda o nel padre, o nell'avo, o nel bisavolo.

Pertanto nella prima ipotesi la famiglia romana si componeva:

1.° Del *paterfamilias*, suo capo, investito della *patria potestas* e della *manus;*

2.° Della *materfamilias*, cioè della moglie caduta sotto la *manus* del medesimo; ma essa nella condizione giuridica era equiparata ad una figlia;

3.° Dei figli non emancipati e non dati in adozione, tanto se nati da giuste nozze, quanto se adottati od arrogati, senza distinzione di sesso e di età: alle figlie, come si diceva nel precedente numero, era pareggiata la *materfamilias*.

Nella seconda ipotesi, in cui cioè i figli maschi legittimi o adottati ed arrogati avessero contratto matrimonio ed avessero avuti figli, o gli adottati ed arrogati lo avessero contratto prima dell'adozione e dell'arrogazione e ne avessero avuto figli, la famiglia romana sotto la potestà del suddetto padre, capo, ora divenuto avo, si accresceva delle seguenti classi di membri, cioè:

4.° Delle nuore che sarebbero cadute sotto la *manus* del marito, se questi fosse stato *sui juris*, e che effettivamente sone cadute sotto la potestà del *paterfamilias*, non già nella qualità di figlie ma di nipoti, essendo pareggiate alle figlie del figlio, cioè alle nipoti;

5.° Dei nipoti d'ambo i sessi nati dai figli maschi.

Nella terza ipotesi dei matrimoni dei nipoti maschi e della nascita di figli da costoro, vivo lo stesso capo, padre e rispettivamente avo e bisavolo, investito sempre della *patria potestas*, la famiglia romana si accresceva ancora:

6.° Delle mogli dei nipoti unitesi a questi con il matrimonio rigoroso, nella qualità di pronipoti;

7.° Dei pronipoti nati dal matrimonio dei nipoti maschi.

E così di seguito.

I figli e i discendenti delle femine non erano membri della famiglia, donde queste erano escite, perocchè i medesimi nascevano soggetti alla *patria potestas* del loro padre o del loro ascendente che ne fosse stato investito.

§. IX.

Ma la *patria potestas*, come era il vincolo di unità di famiglia nelle relazioni tra il titolare della medesima e le persone che vi erano soggette, così ancora costituiva un vincolo fra queste persone medesime. Questo vincolo fu detto *adgnatio* e *adgnati* le persone che ne erano legate.[1] Ora se alla morte dell'investito della *patria potestas* si scioglieva la famiglia, sciogliendosi il vincolo della medesima, sopravviveva però il vincolo agnatizio che si era ingenerato fra i soggetti alla *patria potestas*, e che per sussistere non aveva bisogno della esistenza del suo generatore. Essi quindi in forza di questo vincolo continuavano in qualche modo la stessa famiglia, la quale però nell'*adgnatio* trovava il vincolo che prima aveva nella *patria potestas*. E ciò si avverava, quantunque ciascun di loro avesse potuto incominciare ad avere una famiglia pro-

[1] La voce stessa *adgnati* od anche *adcnati*, contrazione della espressione *ad eum* (patremfamilias) *nati*, ne indica appunto che quelli che *nascevano* dal matrimonio di lui, come erano *filiifamilias* nei rapporti con esso, erano *adgnati* fra di loro. La cosa stessa vale per i nipoti e pronipoti che nascendo si trovarono soggetti alla medesima *patria potestas*. E in fine la stessa cosa si dica degli arrogati e adottati che venivano sotto la medesima *potestas*.

pria. *Patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent; tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur.*[2]

Vivente il *paterfamilias*, *l'agnazione* e i rapporti che generava erano per così dire soprafatti dalla *patria potestas* e dai rapporti di dipendenza dei figli e discendenti verso il medesimo. Essa si appalesava veramente come vincolo di famiglia alla morte del *paterfamilias*. E siccome, ripeterò ancora, aveva la sua causa e la sua ragione nella *patria potestas*, così l'*adgnatio* può considerarsi con perfetta esattezza, come uno sviluppo giuridico, un seguito progressivo, un *residuum* della *patria potestas*.

Ma se l'*adgnatio* era uno sviluppo giuridico, un seguito progressivo, un *residuum* della *patria potestas* che sopravviveva allo estinguersi di questa, la medesima poteva esser vincolo di famiglia non solo fra le persone che effettivamente furono soggette alla *patria potestas* di una determinata persona vivente, ma eziandio fra quelle che in avvenire vi si sarebbero trovate, se questa non fosse morta. Tanto il diritto civile delle XII Tavole, quanto il diritto onorario del

[2] Leg. 195 §. 2 in fin. D. de ver. signif. L, 16; Gaji Com. III, 10.

pretore non riconoscevano l'agnazione che sino al decimo grado.[1]

Da quanto abbiamo detto risulta manifestamente che alla morte del *paterfamilias* si trovano membri della famiglia agnatizia tutte le persone che erano soggette alla sua *patria potestas*, e che in appresso vi entravano a far parte tutti i discendenti dei maschi agnati, che soli avrebbero potuto far nascere individui soggetti a quella *patria potestas*. E tanto le persone già nate quanto i discendenti postumi erano agnati, fossero maschi, fossero femine, e quindi anche agnate le rispettive mogli degli agnati che col matrimonio rigoroso fossero cadute sotto la *manus* de' mariti. Ma, come vedremo, le femine cessarono di essere considerate agnate.

Del resto era indifferente che la *patria potestas* derivasse da legittimo matrimonio, da adozione o da arrogazione.

§. X.

La famiglia agnatizia si divideva in più o meno linee che si chiamavano *trasversali o col-*

[1] Adgnationis quidem jure admitti aliquem ad haereditatem etsi decimo gradu sit, sive de Lege XII Tabularum, sive de aedicto quaeramus (Inst. III, 6, § 5).

laterali per opposto alla linea *retta*. Quelle però, come questa, erano una serie di generazioni che avevano lo stesso stipite comune, ciascuna generazione vi formava un grado, e in fine i gradi si contavano in esse col numero degli anelli della *patria potestas*, necessari a legare fra di loro gli agnati, dalla stessa *patria potestas* in fuori.[1]

Una persona cessava di essere agnata con l'emancipazione, l'arrogazione e l'adozione; perocchè con qualunque di questi tre modi essa incominciava ad essere in tale condizione, che non sarebbe stata soggetta alla *patria potestas* di colui che si considerava come stipite della famiglia agnatizia, se fosse vivo.

[1] Il quadro che segue rappresenta una linea retta discendentale e due linee trasversali agnatizie sino al sesto grado; nelle linee trasversali si sono nominati soli maschi, che soli in appresso furono tenuti per agnati.

				2	Avus
				1	Pater
3	Patruus.	2	Frater.	1	Filius.
4	Patruelis.	3	Fratris filius.	2	Nepos.
5	Patruelis filius.	4	Fratris nepos.	3	Pronepos.
6	Patruelis nepos.	5	Fratris pronepos.	4	Abnepos.
		6	Fratris abnepos.	5	Atnepos.
				6	Trinepos.

§. XI.

Nè quì cessava l'organizzazione della famiglia romana.

Come il *paterfamilias* con la sua *patria potestas* era il capo della sua famiglia attuale e diveniva quindi lo stipite della futura famiglia agnatizia, complesso di famiglie derivate da lui, tutti i membri delle quali sarebbero soggetti alla sua *patria potestas*, se fosse stato vivo e investito di questa, così egli alla sua volta poteva appartenere ad una di molte famiglie costituenti insieme una famiglia ben più ampia detta *Gens.*[1] Quindi esso, e per esso i suoi discendenti, potevano avere un altro rapporto di famiglia, il rapporto della *gentilità*, per lo quale facevano parte di più ampia famiglia. Nel mentre adunque l' *agnatio* allargherà nell' avvenire la famiglia del *paterfamilias*, la *gentilitas* lo mette di già a far parte di una più vasta famiglia già formata.

Secondo ciò che lasciò scritto Cicerone, erano *gentiles qui inter se eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt dimi-*

[1] *Gens* appellatur quae ex multis familiis conficitur (Festush. v.).

nuti.[1] Questa definizione ne' nostri tempi non ci dà un'idea abbastanza completa e precisa della *gentilità;* nè v'ha modo di completarla e precisarla con altri documenti.[2] Gaio aveva definito nel primo Commentario chi fosse *gentile,* ma nel manoscritto ritrovato manca un intero foglio che, dopo la esposizione della tutela degli agnati, spiegava probabilmente la gentilità.[3] Questo sappiamo di certo che il *prenomen* indicava l'individuo, il *nomen* la *gens,* l'*agnomen* ciascuna delle famiglie componenti la *gens,* e ne'congrui casi il *cognomen* il sopranome dell'individuo. Quindi allorchè dicevasi *Publius Cornelius Scipio Africanus, Publius* era il *prenomen* dell'individuo, *Cornelius* il *nomen* della *gens, Scipio* lo *agnomen* della famiglia, *Africanus* il *cognomen* eroico dell'individuo. Il vincitore di Cartagine adunque apparteneva alla famiglia degli Scipioni

[1] Cicero, Topic. cap. 6; Vedi pure Cicero, de Leg. 1, 8, e de Oratore 1, 42; Festus, h. v; Sigonio not. in Tit. Liv. IV, 1,

[2] V'ha chi tiene per perfetta la definizione di Cicerone. Ma questi medesimo chiama *mistero* l'associazione gentilizia dei romani. E v'ha ben ragione di chiamarla mistero, quando si considera che non meno di sei sistemi si sono immaginati per ricostituire la famiglia gentilizia.

[3] Qui sunt autem gentiles, primo commentario retulimus. Et cum illic admonuerimus, totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supernacaneum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare (Gaji Com. III, 17.)

e alla *gens* Cornelia, alla quale, oltre la famiglia degli Scipioni, appartenevano le famiglie dei Lentuli dei Dolabella, dei Rufini ed altre molte.

Poteva essersi gentile per nascita o per adozione, ondechè la stessa *gens* poteva comprendere famiglie patrizie e famiglie plebee; così la *gens Claudia* comprendeva i Marcelli d'origine plebea e i Claudi di origine patrizia.[1] Anche la gentilità come l'agnazione si perdeva con l'emancipazione e l'adozione fatta da una persona non gentile, o appartenente ad un'altra *gens.*

§. XII.

Tale era la costituzione della famiglia romana. E tale costituzione serviva di base alla successione legittima od intestata; perocchè, come dicevamo, questa è regolata sui rapporti personali della famiglia. Di conseguenza la successione legittima si apriva e non poteva aprirsi che per i membri della famiglia o per ragione della *patria potestas,* o per ragione dell'*agnatio* o della *gentilitas.*

Se non che da quanto abbiamo esposto risulta manifestamente, che il vincolo di famiglia

[1] Cicero de Oratore, I, 39.

era più intimo e forte nella famiglia stretta per *patria potestas* che nella famiglia legata per l'*agnatio* e più in questa che nella famiglia le cui attinenze erano costituite dalla *gentilitas*. Quindi, trattandosi di delazione di eredità intestata, necessariamente la prima doveva escluderne la seconda e la seconda la terza, per essere più intimi e intensi i rapporti personali nella prima che nella seconda e nella seconda più che nella terza.

§. XIII.

Si faceva luogo alla successione intestata o legittima, quando il *paterfamilias* moriva senza testamento o con un testamento che per qualsiasi causa non avesse potuto avere effetto.

Già dicemmo che le leggi delle XII Tavole conferivano al *paterfamilias* il più illimitato potere nel disporre del suo patrimonio per dopo la sua morte: *Uti paterfamilias legassit super familia tutelave suae rei, ita jus esto*. Quindi poteva disporre di tutto il suo patrimonio a favore di estranei ed anche di un suo schiavo, dichiarandolo libero; poteva diseredare i suoi figli senza causa alcuna e per proprio libito; che anzi poteva passarli sotto silenzio, come se non li avesse avuti.

Di fronte a questo immane potere, non si può a meno di considerare la successione intestata, come un benefizio negativo dello stesso *paterfamilias*, in quantochè bastava un suo cenno per impedirla: in altri termini le persone soggette alla sua potestà non avevano alla medesima un diritto proprio riconosciuto e garantito dalla legge.

§. XIV.

La successione intestata del *paterfamilias* si apriva a favore delle persone soggette alla sua *patria potestas*, che erano i membri della sua famiglia immediata, di cui cioè era principio fondamentale e vincolo questa stessa potestà.

Ma soggetti alla sua *patria potestas* potevano trovarsi, non solo i figli e la propria moglie nella qualità di figlia, ma anche le nuore nella qualità di nipoti e i nipoti, le mogli dei nipoti, nella qualità di pronipoti ed i pronipoti e così di seguito.

Parrebbe adunque a primo avviso che a tutte queste persone indistintamente dovesse deferirsi la successione intestata del *paterfamilias.*

Ma fu già notato che i nipoti, in tanto erano soggetti alla *patria potestas* dell'avo, in quanto

vi era soggetto il loro padre rispettivamente figlio del *paterfamilias*, ed i pronipoti vi erano soggetti, in quanto lo erano egualmente i nipoti ed i figli. In altri termini la *patria potestas* si aveva *immediatamente* sui figli e *mediatamente* sui nipoti e pronipoti. Lo che faceva che il vincolo fra il *paterfamilias* ed il *filius* fosse più intenso e sostanziale di quello fra lui medesimo e gli altri soggetti alla sua *patria potestas*. E che il primo vincolo più intenso e sostanziale del secondo fosse ritenuto dai Romani, risulta manifestamente da ciò che per l'emancipazione del *filius* si richiedevano tre vendite e tre manomissioni, mentre per la emancipazione degli altri soggetti alla *patria potestas* ne bastava una sola.[1]

Altra prova non meno evidente della differenza di valutazione de' due vincoli si ha in

[1] Filius quidem ter mancipatus, ter mamissus sui juris fit, id enim lex duodecim tabularum jubet his verbis — *si pater filium ter venum det, filius a patre liber esto*. — Ceteri autem liberi praeter filium, tam masculi quam feminae una mancipatione monumissioneque sui juris fiunt (Ulpianus, Frag. X, 1.). — Emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse, sed filius quidem ter mancipatus sui juris fit, ceteri vero liberi, sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentium potestate; lex enim XII tabulorum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis, *si pater filium ter venum dedit, filius a patre liber esto* (Gaji Com. I, 13).

tempi meno remoti nelle differenti forme di diseredazione, perciocchè il *filius* doveva essere diseredato *nominatim*, gli altri potevano diseredarsi *inter ceteros*.

Ma se il vincolo fra il *paterfamilias* e il *filius* era più intenso e sostanziale di quello fra lui e gli altri soggetti alla *patria potestas*, ragion voleva che alla successione intestata del *paterfamilias* fossero chiamati i figli ad esclusione degli altri stati soggetti alla sua *patria potestas*.

Dall'altro canto v'era un'impossibilità giuridica che questi raccogliessero utilmente la stessa successione intestata. Imperocchè le persone che erano state soggette alla *patria potestas* del defunto *mediatamente*, quali, ad esempio, i nipoti, ricadevano sotto la *patria potestas* del loro padre già *alieni juris* o *filiusfamilias* ed ora *sui juris* o *paterfamilias*. Avrebbero quindi ereditato per questo e non per sè medesimi.

Poteva per altro accadere che un *filius* fosse premorto al *paterfamilias* o che fosse stato emancipato, e che avesse avuto figli, rispettivamente nipoti del medesimo *paterfamilias*. In tal caso costoro si sarebbero trovati in *immediato* rapporto di dipendenza verso il *paterfamilias*, rispettivamente avo e, come tali, erano anche essi *heredes sui*.

§. XV.

In primo luogo adunque la successione intestata del *paterfamilias* si doveva deferire ed effettivamente si deferiva a tutte quelle persone che alla morte di lui[1] si trovavano *immediatamente* sotto la sua *patria potestas* e che perciò al tempo stesso divenivano *sui juris.*

Queste persone erano dette *heredes sui*,[2] probabilmente, per ragione dei legami non solo civili ma ancora morali che legavano queste persone al *paterfamilias.*[3]

[1] Suppongo il caso ordinario che la successione si deferisse *ab intestato* nel tempo della morte della persona di cui si tratta; chè altrimenti *eo tempore quaerendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse* (Inst. §. 7. de credit. quae ab intest. defer. III, 1).

[2] Intestatorum hereditates, lege duodecim tabulorum primum ad *suos heredes* pertinent (Gaji Com. III, 1).

[3] È saputo che secondo alcuni l'espressione *heres suus* significava erede di *sè stesso*, e che secondo altri voleva dire erede di *suo diritto* o per *proprio diritto* di famiglia. A favore di questa seconda interpretazione si sogliono addurre due *testi*, l'uno di Gajo, e l'altro di Paolo; dicendo il primo, — sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente *quodammodo* domini existimantur (Com. II, 157) — ed il secondo — in suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: *quasi* olim ii domini essent (Leg. 11. D. de liber et post. XXVIII, 2). Ma interpretando così letteralmente questi due testi, come si concilierà un condiminio dei figli sulle cose del *pater-*

Erano quindi *heredes sui*, tanto i figli legittimi, quanto gli adottivi od arrogati, soggetti alla patria potestà del capo di casa quello della cui successione si trattava; i nipoti *ex filio*, premorto a suo padre o uscito dalla potestà di lui, per essere stato emancipato o dato in adozione; i pronipoti *ex nepote*, se il *nepos* ed il *filius* da cui procedevano fossero parimente premorti o usciti dalla patria potestà.[1]

I figli, i nipoti e i pronipoti nei suesposti casi erano *heredes sui*, tanto se maschi, quanto se femine.[2] Nè si richiedeva che fossero nati al tempo della morte del *paterfamilias*, bastando che fossero stati concepiti, purchè però si tro-

familias col principio che essi nulla possono possedere; tanto che acquistano non per sè ma per il padre? e come si spiegherà un condominio che fosse una realtà, di fronte al diritto illimitato del *paterfamilias* di privare questi pretesi condomini di tutto il patrimonio non già tutto suo, ma comune? Secondo noi quei due testi esprimono metaforicamente gl'intimi rapporti fra padre e figlio, che erano quasi una persona sola. Sono poi da considerare le due espressioni *quodammodo* e *quasi* che sono due note d'improprietà o d'inesattezza del concetto preso alla lettera e che invece vogliono esprimere un concetto analogo ma diverso.

[1] Ita demum nepos, neptisve, pronepos, proneptisve suorum heredum numero sint, si praecedens persona desierit in potestate esse (Inst. §. 2. de hered. quae ab int. III, 1).

[2] Sui autem heredes existimantur liberi qui in potestate morientis fuerint, velut filius, *filiave*, nepos, *neptisve* ex filio, pronepos, *proneptisve* ex nepote, ex filio nato, prognatus, prognatave (Gaji Com. III, 2).

vassero in tale posizione nella famiglia che ove fossero nati, vivente lui, sarebbero stati soggetti alla sua *patria potestas*, e morto lui non sarebbero ricaduti sotto la potestà di verun altro; siccome sarebbe avvenuto se, morendo, avesse lasciato incinta la moglie sua o la vedova di suo figlio.[1] Da ultimo i nipoti succedevano all'avo non pure essendo soli, ma eziandio in concorso coi figli: la stessa regola ha luogo per i pronipoti. In altri termini nella successione degli *heredes sui* il più vicino non escludeva il più lontano, ove questi si fosse trovato sotto l'immediata potestà della persona della cui successione si trattava.[2]

Era parimente *heres suus* la moglie del *paterfamilias* defunto, quando in forza del matrimonio rigoroso era divenuta soggetta alla *manus* del marito, essendo allora pareggiata, come si disse, ad una *filiafamilias*. Ed era tale, tanto se esistevano i figli, quanto se era

[1] Postumi quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt (Gaji Com. III, 4.)

[2] Igitur cum filius filiave et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit; aequum enim videbatur, nepotes, neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos, proneptisve, simul omnes vocantur ad hereditatem (Gaji Com. III, 7).

sola:[1] era pure indifferente se fosse prima o seconda od ulteriore moglie, tanto che anco la matrigna teneva luogo di sorella ai figli di primo letto.[2] Da ultimo erano, ne' congrui casi, *heredes suae* le nuore nella qualità di nipoti e le mogli de' nipoti nella qualità di pronipoti.[3]

Ma mentre i figli succedevano al *paterfamilias* in *capita*, gli altri non succedevano che in *stirpes;* perocchè siccome non venivano che in *locum parentis*, così era conveniente che raccogliessero solamente quella parte che avrebbe raccolto il *parens,* se alla morte del *paterfamilias* si fosse trovato sotto la *potestas* di lui.[4]

Al contrario non erano *heredes sui* nè i figli emancipati, nè quelli dati in adozione, nè i discendenti di una figlia; perchè tutte queste per-

[1] Uxor quoque, quae in manu est, sua heres est, quae filiae loco est. Item nurus, quae in filii manu est: nam et haec neptis loco est. Sed ita demum erit sua heres, si filius, cujus in manu erit, cum pater moritur, in potestate ejus non sit. Itemque dicemus et de ea quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est (Gaji Com. III, 3).

[2] Sororis autem nobis loco est etiam mater, aut *noverca* quae per in manum conventionem apud patrem nostrum jura filiae consecuta est (Gaij Com. III, 14).

[3] Gaji Com. III, 3.

[4] Et quia placebat, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditates dividi (Gaji Com. III, 8).

sone non erano soggette alla *patria potestas* del padre ed avo rispettivamente.

§. XVI.

Gli *heredes sui* erano eredi *ipso jure* anche a loro insaputa e loro malgrado, per effetto sempre della *patria potestas* che anco come ragione della successione, s'imponeva ai medesimi siccome a soggetti; erano quindi al tempo stesso *heredes sui et necessari*.[1] Donde seguiva, che nella classe degli *heredes sui* non poteva farsi luogo alla quistione della devoluzione della successione da un grado ad un'altro per difetto di adizione o di accettazione. A cosiffatta devoluzione non si aprì l'adito che molto più tardi, quando cioè il Pretore ammise nella classe degli *heredes sui* i figli e discendenti non soggetti alla patria potestà, come appresso diremo.

§. XVII.

Se una persona *sui juris*, morendo, non lasciava persone soggette alla sua *potestas*, come

[1] Necessarii vero ita dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt (Gaji II, 157).

paterfamilias o alla sua *manus* come marito, ossia non aveva al tempo della sua morte la famiglia intimissima per lo stretto legame della *patria potestas,* era chiamata alla sua successione la famiglia unita pel vincolo dell' *agnatio* meno intima per lui di quello che sarebbe stata la famiglia fondata sulla *patria potestas,* ma più intima di quella formata dai più deboli rapporti della *gentilitas.*

All'agnato succedevano tutti gli agnati, ove fossero stati di grado eguale, e succedevano in *capita,* prendendo porzioni eguali o *viriles.* Ma se erano di grado ineguale, il più prossimo escludeva il più remoto — *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.*[1]

Fra gli agnati adunque non era ammesso il diritto di rappresentazione.[2]

Che anzi non era ammesso fra gli agnati neppure il diritto di devoluzione da un grado ad un altro, *in hereditate legitima successioni locus non est.*[3] Ove quindi il più prossimo agnato avesse rifiutato l'eredità, o fosse morto

[1] Tab. V. 2; Ulpian. Frag. XXVI. I, e Leg. 195 §. 1. de verb. sig. L. 16; Inst. princ. de legit. agn. succes. III. 2.
[2] Gaji Com. III, 16, I, 158 e 163.
[3] Paulus, IV, 42.

prima dell'adizione della medesima, essa si deferiva all'ordine seguente, cioè a quello dei gentili.[1] Per altro l'agnato di secondo grado poteva avere un rimedio efficacissimo contro la mancanza del diritto di devoluzione nella *usucapio pro herede* che, giusta il diritto antico, si compieva con il possesso di un solo anno.

Del resto era indifferente che gli agnati fossero tali, perchè nati nella famiglia o in questa entrati per adozione, per arrogazione, o per la *conventio in manum*. Era pure indifferente che fossero maschi o femine. Ma in progresso di tempo le femine non furono più considerate come agnate. Ed ecco come.

Essendo sempre e necessariamente i fratelli e le sorelle, generati da un medesimo padre, (onde erano e sono chiamati *consanguinei*) i più prossimi agnati furono distinti, per interpretazione di prudenti che stabilirono una giurisprudenza, detta *media*, dagli altri agnati, e formarono una classe distinta di eredi legittimi, chiamati alla successione in mancanza ma subito dopo gli *heredes sui*. *Si sui heredes non sint*,

[1] Nec in eo jure (agnationis XII Tabularum) successio est. Ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit (Gaji Com. III, 12).

hereditas defertur ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre.[1] E siccome la madre che *erat in manu mariti* era pareggiata ad una figlia di questo e ad una sorella dei suoi figli, così essa succedeva ai figli e questi a lei come consanguinei.

Gli altri agnati, ossia gli agnati propriamente detti, dopo che i più prossimi, *i consanguinei*, fecero classe a sè, furono chiamati alla successione intestata in mancanza dei consanguinei, avuto sempre riguardo alla prossimità del grado.[2]

Ma questo cambiamento di nome fu seguito da un cambiamento sostanziale, probabilmente per influenza della *lex Voconia*,[3] la quale, regolatrice in origine della capacità della donna di ricevere per testamento, fu applicata eziandio nel suo spirito in casi di successione legittima.[4] Gli agnati, così ridotti ed abbassati di un grado nelle classi dei successori legittimi, non furono

[1] Coll. leg. Mos. et Rom. XVI, §. 4 e 9.

[2] Leg. 2 D. de suis et legit hered. XXXVIII, 16.

[3] È saputo che la *lex Voconia*, dell'anno 585 di Roma, proibì a qualunque cittadino, che avesse avuto in patrimonio 100000 assi o più, di istituire erede una donna (Gaij Com. II, 274). Questa media giurisprudenza adunque fu posteriore all'anno suddetto.

[4] Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur. Idque jure civili, *Voconiana ratione*, videtur effectum (Paulus, IV, 8, 22).

più le persone che sarebbero state soggette alla *patria potestas* di una determinata persona, se fosse stata in vita, sibbene i *cognati virilis sexus, per mares descendentes.*[1] Le donne quindi cessarono di essere considerate come agnate, e per necessaria conseguenza si trovarono escluse dalla successione intestata a cui fossero chiamati gli agnati. Per risultato ultimo adunque le donne non furono più abilitate a succedere che nelle due prime classi dei *sui* e dei *consanguinei*,[2] e non più in quella degli agnati; sebbene questi però succedessero a loro.[3] Abbiamo in questo fatto storico, generato dal pregiudizio, esser più utile che *hereditates ad masculos confluerent*,[4] il principio della esclusione delle femine dalla successione de' maschi, che con tanto maggior forza ha dominato nelle legislazioni successive.

Ma cotesta esclusione delle donne dalla classe

[1] Ulpianus, Frag. XXVI, 1.; Leg. 2, §. 1. D. de suis et legis. hered. XXXVIII, 16.

[2] Item feminae agnatae, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent (Gaji Com. III, 2). Vedi pure Paulus, Sent. IV, 8 e 22; Ulpianus, Frag. XXVI, 6; Inst. §. 3. de legis. ag. succes. III, 2; Leg. 14 C. de legit. hered. VI, 58.

[3] Feminorum hereditates perinde ad nos agnationis jure redeunt atque masculorum: nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent (Gaij Com. III, 14).

[4] Vedi Leg. 14. C. de legit. hered. VI, 58; Inst. §. 3. in fin. de leg. agn. suc. III, 2.

degli eredi agnati, come appresso vedremo, non fu perpetua; perocchè Giustiniano abolì tale giurisprudenza stabilitasi a pregiudizio delle donne, e trovato che *lege duodecim Tabularum bene humano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam, in maribus quam in feminis legitimis, et in eorum successionibus, nec non et in liberis eorum observandam esse existimavit*, ne seguì il disposto, richiamando a succedere le donne nel loro grado di agnazione alla pari de' maschi, senza distinzione alcuna.[1]

§. XVIII.

Da ultimo in mancanza degli *heredes sui*, dei *consanguinei* e degli *agnati*, erano chiamati alla successione di una persona i *gentiles*, quelli cioè che appartenevano alla stessa *gens* del defunto. *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*[2]

Anche nella classe dei gentili, come in quella degli agnati, il più prossimo escludeva il più remoto e non era ammesso il diritto di rappresentazione e di devoluzione al grado susseguente.

[1] Inst. §. 3, de legit. agn. suc. III, 2.

[2] Tabula V, III (Collat. Leg. Mos. et Rom. XVI, 4. Gaji Com. III, 17).

Ma parimente il gentile di secondo grado, come l'agnato dello stesso grado, poteva valersi della *usucapio pro herede* mercè dell' *annalis possessio*.

§. XIX.

Oltre questi tre ordini di successione, la legge delle XII Tavole non ne riconosceva verun altro. Quindi ove questi tre ordini fossero mancati, la successione diveniva vacante, quand'anche vi fossero dei *cognati* o parenti naturali di qualunque grado; perchè secondo il diritto civile delle XII Tavole la successione era rigorosamente ristretta alla *famiglia* e alla *gens*.

§. XX.

La medesima legge delle XII Tavole poi non istabilì nulla in ordine alla successione degli ascendenti ai loro discendenti; perocchè a favore di quelli, senza distinzione di sesso e di linea, non poteva mai farsi luogo a successione. In vero, riguardo agli ascendenti paterni, se avevano sotto la loro potestà i discendenti, questi, come *filiifamilias*, acquistando tutto pel *paterfamilias*, non potevano possedere un patrimonio da lasciare in morte; se poi non

li avevano sotto la loro potestà, non esisteva fra loro verun legame di agnazione, e perciò non poteva farsi luogo a diritto di successione, salvo che la *mancipatio* fosse stata fatta *cum fiducia*, nel qual caso il padre succedeva al figlio morto senza discendenti in forza dei diritti di patrono che si era riservato. Gli ascendenti materni dell'uno o dell'altro sesso, non essendo agnati de' loro discendenti, non potevano succedere a questi.

§. XXI.

La costituzione della famiglia romana, quale è stata superiormente delineata, e il sistema di successione intestata che, basato sulla medesima, abbiamo esposto, sono in molti punti speciali e nella generalità del loro carattere in opposizione quanto manifesta altrettanto diretta col diritto naturale o delle genti; ed ove pure non si ravvisi tale opposizione, l'elemento naturale vi è talmente sopraffatto dall'elemento civile che a fatica vi si può riconoscere.

In vero guardando ai principî eterni della giustizia, alla natura delle cose, all'indole della famiglia, società primordiale, la superiorità del capo in ordine alla moglie ha piuttosto lo scopo

negativo di evitare il dualismo dei poteri nella famiglia che lo scopo positivo di collocarla nella stessa condizione civile di lui ed obbligarla a seguire il marito dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza: in ordine ai figli lo scopo precipuo è quello della loro difesa e della loro educazione fisica morale e civile. In quella vece la superiorità del *paterfamilias* fu sì esagerata in diritto romano, da fare sparire di fronte ad essa ogni diritto, e quasi quasi la stessa personalità della moglie e dei figli, ridotti presso che a cose.

Nè basta: cotesta superiorità, diritto preziosissimo ed essenziale all'ordine, al felice andamento e al regolare sviluppo della società famigliare, ma nel tempo stesso ufficio grave e sublime, fu la pietra fondamentale e il pernio unico, su cui fu posata la famiglia. Se non che organizzata siffatta superiorità nella forma più rigorosa e dispotica imperò tiranna fra persone, cui l'amore congiunse o diede la vita, e fu la ritorta di ferro, che avvinse esseri umani stretti da nodi di natura carissimi e soavissimi.

Importa grandemente però di notare, che la vita intima della famiglia romana non era informata dai principi della sua costituzione civile; imperocchè per testimonianza di Columella,

erat summa reverentia cum concordia et diligentia mixta.... Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret, sed in comune conspirabatur ab utroque.[1] In altri termini, i costumi temperavano quel dispotico potere che però sussisteva pieno nella legge. Il marito avrà altamente onorato e teneramente amato la moglie,[2] ma era pur sempre vero, che la condizione di lei di fronte al marito fosse sempre quella di una *filiafamilias*, e, più strano ancora, di fronte ai propri figli quella di una consanguinea.

Ma già si presente che i costumi, aiutati ancora da influenze esterne, modificheranno di molto, nella costituzione civile della famiglia, la *patria potestas*.

Inoltre la potestà del padre, come capo della

[1] Columella, de re rust. Lib. XII, praet. §. 7 e 8.

[2] In Roma il concetto dell' amore era tradotto in quello della dignità e dell' onore, come può rilevarsi dai seguenti testi, — *claritas*, quae beneficio mariti tibi parata est (Leg. 10 C. de nuptiis V, 4); — mulieres *honore* maritorum erigimus et genere nobilitamus (Leg. 13 C. de dign. XII, 1), — *honore pleno* mulierem diligere (Leg. 16 §. 1 de his quae ut ind. XXXIV, 9); — parvi autem refert, uxori an concubinae quis leget, quae ejus causa emta parata sunt; sane enim, *nisi dignitate*, nihil interest (Leg. 49 §. 4 D. de leg. et fideic. III. XXXII). Però era per lo meno presentito il vero amore coniugale, giusta la bella definizione che del matrimonio dà Modestino, chiamandolo — consortium omnis vitae, individua consuetudo, comunicatio humani et divini juris.

famiglia, è un diritto per i figli, in quanto che a quella potestà sono inerenti molti obblighi verso i figli, ai quali sono necessariamente correlativi altrettanti diritti nei figli medesimi. Ciò posto, egli è evidente che i figli non potrebbero essere sottratti alla *patria potestas*, ossia emancipati o dati in adozione, senza il loro consenso. Eppure, considerata essa egoisticamente come potere assoluto del padre, quale ogni impero dispotico, questi potrebbe a suo piacere ritirarlo dal figlio, e per tal guisa cacciar questo dalla sua famiglia e privarlo di tutti i diritti e di tutti i vantaggi inerenti alla condizione, per quanto dipendente, di *filiusfamilias*.

In fine la parentela per sangue o era affatto trascurata, come in riguardo alle figlie, che maritate erano passate sotto la *manus* del marito, e ai loro discendenti, o non era valutata come tale, ma solo come immedesimata nella parentela civile *(cognatio legitima, cognatio civilis)*, siccome negli agnati. Peggio ancora la parentela naturale non era valutata, come tale, neppure nei rapporti fra il *paterfamilias* ed i suoi *filiifamilias*, essendo i medesimi determinati non dalle ragioni del sangue ma da quelle durissime della *patria potestas*.

In riassunto nella famiglia romana erano questi i vizi costituzionali:

1.° Erroneità del suo principio fondamentale, per di più esagerato e snaturato.

2.° Esclusione di persone che ne avrebbero dovuto far parte, e in senso inverso comprensione di persone che avrebbero dovuto esserne escluse; quindi la falsa condizione delle mogli; conseguenze tutte della erroneità del principio fondamentale.

3.° Eccesso di potere nella *patria potestas* e nella *manus*.

§. XXII.

I vizi costituzionali della famiglia romana si riproducevano necessariamente nel sistema successorio: in ordine alla successione testamentaria si manifestavano nell'arbitrio lasciato al *paterfamilias* di privare i figli di tutto il patrimonio: in ordine alla successione intestata si appalesavano nella chiamata dei figli e discendenti, non come tali, ma come *heredes sui*, qualificazione puramente civile, la quale metteva fuori gli emancipati e le figlie andate a marito e cadute sotto la *manus* di lui, come altresì nella chiamata degli *agnati* e più ancora in quella dei *gentiles* ad esclusione dei *cognati* o parenti per sangue.

§. XXIII.

I viziosi principi della costituzione della famiglia romana (giova ripeterlo) erano in diretta e manifesta opposizione coi principi costituzionali della famiglia suggeriti dalla *naturalis ratio*, dal gius naturale e delle genti. Essi avevano certamente una solida base di sussistenza nella fortissima costituzione politica della *Civitas*, e potevano resistere agli urti del *jus gentium*, avvegnachè questo era respinto dalle mure di Roma dallo spirito eminentemente civico o nazionale de' suoi cittadini. Ma una volta impegnata la lotta, la vittoria del *jus gentium* era certa.

E la lotta s'impegnò entro le mura di Roma stessa, e coloro che all'interno stavano pel gius delle genti furono possentemente aiutati da tutti i popoli stranieri, tosto che questi si misero in rapporto con Roma.

Nell'interno la lotta, mossa e fortemente combattuta dai plebei contro i patrizi per l'eguaglianza dei diritti, non poteva non influire sulle istituzioni d'ordine privato, sia per l'intimo nesso che esisteva fra il diritto privato e il pubblico, (nesso che più o meno completamente

restò spezzato, emancipandosi quello da questo), che al tempo medesimo si modificò, eliminando da sè le idee religiose alle quali era legato, sia e principalmente per lo sviluppo delle idee di libertà e di personalità umana. Onde non poteva non apparire lesiva della personalità della moglie e dei figli quella assoluta dipendenza dal marito o dal *paterfamilias*, per cui erano considerati quasi del tutto come cose.

Dissi che a far trionfare il *jus gentium* i plebei furono potentemente aiutati dagli stranieri. Perocchè Roma assimilandosi sempre nuove genti e venendo a contatto con i nuovi popoli che divenivano confinanti del suo impero, veniva perdendo il suo proprio carattere civico e nazionale per prendere il carattere cosmopolita della società umana e mantenendosi capo del romano impero, diveniva pure centro delle genti. Di ciò fu conseguenza inevitabile che il diritto naturale o delle genti si convertisse a poco a poco in diritto consuetudinario e riescisse da ultimo a prendere le forme di diritto positivo nell'editto del Pretore, incaricato specialmente della giurisdizione sugli stranieri.

Del resto anche nell'istituto della successione intestata della quale abbiamo preso a discorrere, la storia ci descrive la lotta incessante sostenuta

dalla coscienza e dalla ragione contro istituzioni artificiali ed inique ma potentissime, perchè appoggiate ad antichi costumi civili e ad antichi pregiudizi, e ci traccia la serie non interrotta di trasformazioni lente ma spontanee, di progressi tanto più sicuri e solidi quanto più furono ottenuti dopo che se ne manifestò la necessità e ne fu riconosciuta l'utilità, e spesso dopo sostenuta una viva e lunga lotta contro elementi ostili.

§. XXIV.

Innanzi tutto furono in parte tolti e in parte andarono in disuso i matrimoni rigorosi della *confarreatio* e della *coemptio*, e restò solo il matrimonio libero dell'*usus* che non produceva più la *conventio in manus* e lasciava alla moglie la sua personalità giuridica, senza la *usurpatio trinoctium.*[1] L'abbandono del matrimonio rigoroso e l'uso comune del matrimonio libero furono certamente un effetto del cambiamento avvenuto nei prischi costumi e dell'influenza ognora crescente della Grecia su Roma. Ma non è meno vero che in sostanza ne

[1] Hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est (Gaji Com. I, 3).

era risollevata la donna, giusta l'esigenza della natura che la destinava ad essere compagna e non mancipia dell'uomo, e come genitrice ad occupare nella costituzione legale della famiglia un posto superiore e non eguale a quello dei figli. Ai profani della storia in effetto deve recare non lieve nè grata sorpresa l'apprendere che la moglie fu considerata quasi figlia a suo marito e quasi sorella a'suoi figli?

La personalità indipendente ricuperata dalla moglie fu affermata, in ordine al patrimonio di lei, col regime della dote e dei beni parafernali, avuti in conto di patrimoni appartenenti alla moglie e distinti da quelli del marito; de'quali la esistenza separata era inconcepibile, appunto perchè la moglie non aveva personalità, o questa s'immedesimava od era assorbita dalla personalità del marito. Divennero possibili e per le stesse ragioni le *donationes ante o propter nuptias.*

Ma cessato affatto quel vincolo artificiale di dipendenza della moglie verso il marito che si creava dalla *manus*, rimase pur sempre e dovette forse acquistare maggior valore il vincolo naturale-morale che è per sua essenza nel matrimonio, unione de' due sessi allo scopo naturale della procreazione della prole, unione

morale dell'uomo e della donna per completare sè stessi ed educare la prole medesima.

Non minore indipendenza acquistò la donna contro la potestà tutelare degli agnati. Già notammo che i giureconsulti avevano immaginato la *conventio in manum cum extraneo*, come mezzo per la donna di sottrarsi alla tutela degli agnati. Questo trovato, per quanto Cicerone se ne dolga in riguardo ai *sacra domus* che rimanevano abbandonati, risollevava anch'esso la donna, che fornita dalla natura delle stesse facoltà dell'uomo ha diritto, in generale, ad un trattamento pari a quello dell'uomo. In seguito la legge Claudia abolì formalmente la tutela degli agnati.[1]

La moglie conseguì pure, nei rapporti coniugali, diritti personali eguali a quelli che in passato si erano goduti dal solo marito; quali erano quelli del divorzio.

§. XXV.

Per quanto concerne poi la *patria potestas*, essa incominciò col tempo a rimettere parte del

[1] La tutela a carico della donna fu ristabilita da Costantino ed è ora mantenuta dal Papa. Sono questi fenomeni di parziale regresso, che vengono prodotti o da cambiamenti di costumi o da pregiudizi, o da un sistema legislativo più o meno iniquo.

suo assolutismo, tanto in ordine alla personalità del figlio quanto in ordine alla proprietà. Imperocchè al *paterfamilias* venne meno a poco a poco sulla persona del figlio il diritto di vita e di morte, il diritto di vendita ed altri diritti consimili, quasi come ad un vecchio vengono meno le forze. Più tardi poi il diritto di vita e di morte fu definitivamente abolito da Costantino,[1] e il diritto di vendita fu limitato al caso di estrema miseria ed al figlio non appena nato, con la facoltà di perpetuo riscatto.[2] Nè d'altronde questo residuo dell'antico diritto di vendita dei figli ha più lo stesso principio: esso fu mantenuto per impedire il maggior male della esposizione degl'infanti, che altrimenti i costumi avrebbero reso funestamente frequente.

In somma alla patria potestà fu sottratta, sulle persone dei figli, tutta la giurisdizione penale, passata meritamente alla pubblica autorità e non le fu lasciato che il diritto della disciplina domestica necessaria all'educazione.[3]

[1] C. Theod. IX, 15; Leg. 1. C. de emend. prop. IX, 15.

[2] Paulus, V, 5. §. 1; Frag. vat. §. 34; C. Theod. III, 3, e V, 8; Novelle di Valentiniano III, 32; Leg. 1. C. de liberali causa VII, 16; Leg. 1 e 2. C. de patrib. IV, 43.

[3] Theod. IX, 3; Leg. 9. §. 3. D. de of. proc. et leg. I, 16; L. 5. D. XXXVII, 12; L. 2. ad Leg. Cornel. XLVIII, 8; Leg. 5. D. de Lege Pomp. XLVIII, 9; Leg. 3. C. de patr. potes. VIII, 47; Leg. unic. C. de emend. prop. IX, 15.

Fu eziandio riconosciuto, che la *patria potestas* è un diritto per i figli, e che perciò questi non possono essere nè emancipati nè dati in adozione senza il loro consenso.

Incominciò pure a restringersi il principio che il figlio non potesse acquistare che pel padre, ed a riconoscersi una personalità indipendente dal medesimo, in ordine ai beni, con la introduzione dei peculi. Dapprima con la costituzione del *peculium profectitium* il *paterfamilias* concedeva al figlio la *libera administratio* del peculio medesimo, ma ne conservava la proprietà. È chiaro quindi, che col *peculium profectitium* il figlio era onorato, come essere ragionevole anzichè come persona giuridica. Persona giuridica rimaneva ancora il *paterfamilias*, che perciò meritamente rimaneva obbligata dalla *libera administratio* data al figlio, sino alla concorrenza del *peculium*, oggetto della medesima. Amministratore e non proprietario, il figlio non poteva disporre del *peculium profectitium*; e solo in pochi casi e quasi sempre al cessare della patria potestà, il diritto di amministrazione si mutava in diritto di proprietà.[1]

Ma dipoi, con la costituzione ampliata e

[1] Leg. 3. §. 4. D. de min. IV, 1; Leg. 3. §. 2. D. de donat. XXXIX, 5.

perfetta del *peculium castrense*, il figlio fu per la prima volta elevato tanto da essere pareggiato al *paterfamilias*; *filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum funguntur.*[1] Ecco adunque riconosciuta nel figlio una personalità giuridica indipendente, per quanto limitata ai beni, ai diritti, alle prerogative del *peculium castrense.*

La *naturalis ratio* che aveva carpito al *jus civile* cotesta prima concessione, non si arrestò ma ne pigliò le mosse per nuove conquiste e le ottenne con la costituzione del *peculium quasi castrense*, e maggiori ancora col *peculium adventitium.*

§. XXVI.

Il lavorio della riforma continuò, e al fine si videro sbucciare nuovi rapporti conformi al principio naturale della parentela di sangue o dell'amore. Si riconobbe incombere al padre l'obbligo di prestare gli alimenti anche ai figli emancipati; *et magis puto*, (scrisse Ulpiano) *etiamsi non sint liberi in potestate, alendos a parentibus;*[2] si riconobbe cioè non pure un

[1] Leg. 2. D. eod. S. C. Maced. XIV, 6.

[2] Leg. 5. §. 1. D. de agn. et alend. liberis, XXV, 3.

diritto ma eziandio un dovere di famiglia, ad entrambi i quali era affatto estranea la *patria potestas*. Il diritto agli alimenti era anche nel padre, ma questi non lo aveva più per l'impero della *patria potestas* e sopra i suoi soggetti: gli alimenti gli erano invece dovuti dai figli come a genitore pei vincoli e per le ragioni del sangue, quindi ancora dai figli emancipati: *et vice mutua*, prosegue lo stesso Ulpiano, *alere parentes debere*.[1] Più: cotesto dovere e cotesto diritto appartengono anche alla madre, non investita mai della *patria potestas*, si estendono ad altri parenti, ed è formalmente riconosciuto, che ciò esigono la *equitas* e la *CARITAS SANGUINIS*.[2]

La cosa stessa deve ripetersi intorno al dovere di rispetto o di *pietas* verso i genitori. Cotesta *pietas* è un vincolo affatto morale e naturale di sangue ed universale, in ordine al quale non può farsi distinzione fra il padre e la madre. E la *pietas* ha già trasformato la *potestas* del padre, *quae in pietate non in atrocitate debet consistere*.[3]

[1] Leg. cit.
[2] Leg. 5. cit. §. 2.
[3] Vedi Dig. XXXVII, 15. de obseg. parent et patr. praest.

§. XXVII.

Omai adunque era compiuta la trasformazione del principio fondamentale della famiglia. Alla *patria potestas* antica, che ora appariva quasi un'*atrocità*, era sostituito il principio naturale della *cognatio* o della parentela per sangue, il principio dell'amore.

§. XXVIII.

Innovato il principio, s'innovò necessariamente più o meno presto ed estesamente tutto il diritto di famiglia.

Il vincolo di sangue, il vincolo dell'amore, sentimento connaturale fra le persone dello stesso sangue, è vincolo di natura che l'uomo non può distruggere, nè creare: *Civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest.*[1] Quindi l'emancipazione libererà il figlio dalla *patria potestas*, ma non varrà a spezzare il vincolo di sangue, che è pure il vincolo della famiglia; l'emancipato continuerà ad essere membro di questa e parteciperà a tutti

[1] Gaji Com. I, 158.

i diritti di figlio, come i non emancipati, e sarà gravato degli stessi obblighi.[1]

L'adozione fatta da un estraneo potrà creare rapporti civili di famiglia ad imitazione de' rapporti naturali e per certi effetti soltanto, ma i rapporti o i vincoli naturali dell'adottato nella famiglia a cui per nascita apparteneva resteranno intatti; cosicchè quegli che per certi effetti entrerà a far parte di una famiglia con l'adozione, non cesserà di essere membro della sua famiglia naturale.

L'adozione fatta da un ascendente naturale produrrà maggiori effetti, ma perchè trova, negli stessi vincoli del sangue, direi quasi, un *substratum* naturale.

§. XXIX.

Anche la parentela doveva profondamente modificarsi. La *patria potestas* generò l'*agnatio*, e forse la costituzione politica la *gentilitas;* la *caritas sanguinis* sostituì la *cognatio* prima alla

[1] Questa maniera di giudicare la restrizione apportata agli effetti della emancipazione è sostanziale, mentre è meramente formale quella di considerare l'emancipazione come rescissa dal Pretore per riguardo agli effetti *reali* che prima produceva. Ma nondimeno nella storia del giure romano la restrizione degli effetti vuolsi considerare non meno sostanziale che formale.

gentilità, appresso anche alla agnazione. Quindi le donne benchè maritate continuarono ad appartenere alla famiglia donde erano uscite, e per esse vi si comprendevano anche i loro discendenti. Indi il fenomeno insueto, e pe' discendenti il diritto nuovo di appartenere contemporaneamente a due famiglie, a quella del padre e a quella della madre. Indi un intreccio nuovo di legami civili, confórmi ai naturali, e derivata dai medesimi una nuova e copiosa sorgente di diritti.

§. XXX.

Si profonda modificazione avvenuta nel principio fondamentale della famiglia, per quanto nella forma abbia durato ancor lungamente la costituzione primitiva della medesima, doveva produrre necessariamente e produsse in effetto conformi modificazioni nel sistema della successione legittima o intestata. Come in passato le leggi delle XII Tavole avevano fondato l'ordine successorio intestato sulla patria potestà e sul vincolo civile della famiglia, nei suoi rapporti con la patria potestà, con l'agnazione e la gentilità, come per soprapiù la giurisprudenza media aveva, lavorando una sottile teoria, dato

una non lieve preminenza ai maschi, così il medesimo ordine successorio venne in seguito per le nuove idee e dottrine a basarsi sul nuovo principio della parentela naturale, del legame di sangue e, per analogia, dell'affinità dei coniugi.

La grande riforma si operò non già con l'abrogazione formale delle Leggi delle XII Tavole, ma con l'infiltrazione lenta, se può dirsi, così, del nuovo principio nella originaria costituzione civile e politica della famiglia, impedendosi per siffatta guisa o neutralizzandosi i crudeli effetti o le inique conseguenze della costituzione medesima.

Cotesta riforma meno nella parvenza che nella sostanza radicale, di già preparata dal progresso fatto da *jus gentium* sul civile, fu riconosciuta nel diritto scritto dal Pretore col suo Editto, e da esso attuata e incarnata con la meravigliosa istituzione della *bonorum possessio*. Se non che non dobbiamo sperare di vedere un sistema omogeneo e perfettamente razionale; chè sono sogni i passaggi istantanei da sistemi difettosi a sistemi perfetti, e più che mai nella storia del popolo romano che seppe felicemente accoppiare ed al più alto grado lo spirito di tenace conservazione con lo spirito

d'incessante progresso. Noi vedremo invece un sistema, in cui si era tentato di conciliare elementi inconciliabili, e che perciò risultò incoerente tanto da non potersi definire. Vedremo cioè al passato ufficiale e legale, conservato per intero nella forma e molto nella sostanza, innestato timidamente il nuovo popolare e naturale.

§. XXXI.

Ed in vero, come abbiamo esposto, le XII Tavole chiamavano alla successione intestata tre classi di persone con questo ordine, cioè:

1.° Gli *heredes sui;*

2.° Gli agnati;

3.° I gentili.

Quest'ordine di successione fu in *generale* rispettato dal Pretore nelle *bonorum possessiones ab intestato* che egli dava col suo Editto. Egli, trattandosi dell'eredità di un ingenuo, alla quale limitiamo il nostro studio, concedeva la *bonorum possessio ab intestato.*

1.° Ai figli;

2.° Alle persone chiamate a succedere dal diritto civile delle XII Tavole;

3.° Agli altri parenti del defunto *(cognati)* sostituiti da lui ai gentili, il diritto de' quali, fu già detto, andò piuttosto presto in disuso.

4.° Al marito e alla moglie superstite. Col concedere la *possessio bonorum* al marito sulla eredità intestata della moglie, e viceversa, il Pretore portò veramente un' innovazione al diritto civile delle XII Tavole.

Ma se il Pretore non mutò sostanzialmente l' ordine di successione *ab intestato* stabilito dalle leggi delle XII Tavole, ammise, nella classe degli *heredes sui* e degli *agnati*, persone che queste leggi consideravano soltanto come *cognati* e ve li ammise per l' influenza de' nuovi principi. La stessa osservazione deve ripetersi relativamente ai Senatusconsulti e sulle Costituzioni degli Imperatori, come appresso vedremo.

§. XXXII.

Innanzi tutto il Pretore, riconosciuto che la emancipazione non valeva a distruggere i vincoli del sangue e quindi i rapporti della famiglia naturale, e che perciò era ingiusto, che gli emancipati fossero esclusi dalla successione intestata del *paterfamilias* che era pur sempre il loro padre naturale, li ammise alla succes-

sione stessa, dando ad essi insieme e come agli *heredes sui* la *bonorum possessio ab intestato unde liberi.*[1]

Sia pure che, in quanto alla forma, l'ammissione degli emancipati alla *bonorum possessio* si rattacchi in qualche modo al principio della *patria potestas*, poichè vi furono soggetti. Ma ciò che indusse a non fare più distinzione fra i figli che già furono e che attualmente sono soggetti alla *patria potestas* fu la *cognatio* che vinse il *jus* con la *aequitas.*

I figli emancipati però non furono ammessi alla *bonorum possessio ab intestato* in concorso con i *sui*, che sotto la condizione di *conferire* nell'eredità paterna le cose, che dopo l'emancipazione potessero avere acquistato e che sarebbero passate nel patrimonio del padre, ove questi non li avesse emancipati.[2] Perocchè altrimenti

[1] Sed haec juris iniquitates edicto Praetoris emendatae sunt — Nam liberos omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est, qui in potestate patris fuerunt, concurrant (Gaji, Com. III, 26). Vedi pure Ulpianus XXVIII, 8; Inst. §. 9 de hered. quae ab intest. III, 1; Leg. 2, 4 e 5 D. si tab. test. nul. ext. XXXVIII, 6.

[2] Emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio: si parati sunt cavere fratribus suis qui in potestate manserunt, bona quae moriente patre habuerunt, se collaturos (Ulpianus Frag. XXVIII, 4). Leg. 1. §. 1, 5, 6, 7 e Leg. 3 §. 2. D. de collat.

si sarebbero trovati in condizione migliore dei loro fratelli rimasti soggetti alla *potestas* del comune *paterfamilias* e che ne erano eredi in qualità di *sui*. In vero i figli emancipati da una parte avrebbero goduto delle cose, che i soggetti alla *patria potestas* avrebbero acquistato non a loro stessi ma al padre e che quindi venivano a formar parte dell'eredità di lui, dall'altra avrebbero ritenuto per sè soli le cose acquistate dopo l'emancipazione e che potettero acquistare per sè per effetto di questa. Il figlio emancipato però poteva preferire di conservare il suo patrimonio, astenendosi di dimandare al Pretore la *bonorum possessio*.

Ove poi si fosse verificato che dei nipoti, nati dall'emancipato, si trovassero sotto la potestà dell'avo nel giorno che venne a morte, l'emancipato con i suoi figli, *heredes sui* dell'avo, non prendeva, in concorso con i suoi fratelli rimasti soggetti alla potestà del comun padre, se non quella parte la quale gli sarebbe spettata, se non fosse stato emancipato; chè altrimenti gli altri *heredes sui* ne avrebbero avuto pregiudizio per la doppia compartecipa-

bonor. XXXVII, 6; vedi pure Leg. 1 e 9. C. de collat. VI, 20; Leg. 2 e 12. D. eod. XXXVII, 6; Leg. ult. C. comm. utr. III, 38; Leg. 35. D. fam. ercisc. X, 2.

zione dell' emancipato e dei figli suoi, come persone distinte, alla medesima eredità. Ma l'emancipato riteneva la metà della sua quota ereditaria e l'altra doveva cedere ai suoi figli, *ut neque emancipatus solus veniat, et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo.* [1]

Da ultimo se il figlio emancipato avesse avuto figli dopo la emancipazione e quindi soggetti alla sua *patria potestas,* ed egli fosse premorto al padre suo emancipante, i medesimi erano ammessi alla *bonorum possessio* in luogo del padre loro. [2]

§. XXXIII.

Per quanto poi concerne i figli dati in adozione o gli emancipati fattisi arrogare, essi divenuti soggetti alla *patria potestas* dell'adottante o dell'arrogatore, e perciò come tali, *heredes sui* di costoro, non furono ammessi dal Pretore al godimento della *bonorum possessio ab intestato;* perocchè nel tempo in cui fu compilato l'Editto, perdurando da una parte la forza originaria

[1] Leg. 1. §. 1. D. de conjung. cum emancip. liber. ejus, XXXVII, 8.

[2] Leg. 3. princ. D. de bon. poss. contra tabulas, XXXIV, 4.

dell'adozione e dell'arrogazione, non poteva riconoscersi che l'adottato e l'arrogato assimilati in tutto nella famiglia dell'adottante e dell'arrogatore ai figli legittimi e naturali, avessero questa stessa qualità nella famiglia del padre legittimo e naturale; dall'altra parte alla mancanza del diritto sulla eredità del padre legittimo e naturale ripararava il possesso di diritto sulla eredità dell'adottante e dell'arrogatore. Ove però da questi si fossero emancipati i figli adottati o arrogati era rotto ogni rapporto con la famiglia civile, e riprendeva tutta la sua forza il vincolo naturale di sangue; in altri termini il figlio dato in adozione e poi emancipato dall'adottante andava a trovarsi verso il suo padre legittimo e naturale negli stessi rapporti, che se fosse stato emancipato da questo direttamente, e l'arrogato era rimesso in quella stessa condizione in cui sarebbe stato se l'arrogazione non avesse avuto luogo. E perciò meritamente il Pretore accordava loro la *bonorum possessio* dell'eredità intestata che veniva lasciata dal loro padre legittimo e naturale.[1]

Occorreva però, che la emancipazione si fosse fatta dall'adottante o dall'arrogatore, vivente il

[1] Vedi Inst. §. 10 de hered. quae ab intest. deferun. Leg. III, 1; Leg. 1. §. 6 e Leg. 4 e 9. D. si tab. test. nul. XXXVII, 6.

padre legittimo e naturale dell'adottato o dell'arrogato, non tanto *quia iniquum erat in potestate esse patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant, utrum ad liberos ejus an ad agnatos;*[1] quanto perchè solamente in vita del padre legittimo e naturale poteva riallacciarsi, per così dire, il vincolo della famiglia naturale, l'efficacia del quale era impedita dal vincolo della famiglia civile; e non immeritamente la loro condizione può assimilarsi a quella di una persona nè nata nè concepita alla morte di colui, della successione del quale si tratta. Ma, benchè in adozione, erano sempre *cognati* del loro padre legittimo e naturale e in tale qualità, come appresso diremo, furono ammessi al godimento della *bonorum possessio.*

In fine il Pretore concesse la *bonorum possessio ab intestato* a tutti i figli e discendenti, che per qualunque altra causa straordinaria non si fossero trovati soggetti alla patria potestà del loro padre od ascendente, purchè avessero goduto la capacità di succedere.[2]

[1] Inst. de hered. quae ab intest. defer. §. 10, III, 1.

[2] Vedi Leg. 1. §. 6; Leg. 6 e 21. D. de bon. pos. contra tabul. XXXVII, 4.

§. XXXIV.

Tutte queste persone pareggiate agli *heredes sui* e collocate al primo ordine quanto al diritto di succedere differivano tuttavia da essi quanto al modo perchè mentre i *sui* succedevano *ipso jure*, le altre persone dovevano dimandare la *bonorum possessio ab intestato.*

A siffatto riguardo adunque potevano considerarsi tali persone più favorite che gli *heredes sui* propriamente detti, perchè questi erano anche eredi loro malgrado, *heredes necessarii;* laddove tutti gli altri non divenivano *bonorum possessores ab intestato* che volendolo.

Ma il Pretore provvide agli *heredes sui,* accordando loro il *beneficium abstinendi.*

Rallentatasi la *patria potestas* e quasi costituendosi distinta e indipendente la personalità del figlio, venne meno il fondamento della necessità di essere erede: v' era inoltre ingiustizia nell' ineguaglianza di trattamento fatto agli *heredes sui* rimasti tali e alle altre persone, reintegrate per gli effetti utili dal Pretore nel diritto di *suità.* Il Pretore però non potendo impedire che fosse erede quegli che il diritto civile per suo proprio ministero creava tale, trovò un

mezzo termine, con cui l'erede suo e necessario potesse invocare da lui di essere trattato come se non fosse erede. Fu dunque inventato il *beneficium abstinendi.* In forza di cotale beneficio, l'erede evitava ogni pregiudizio che altrimenti gli avrebbe potuto cagionare l'acquisto effettivo e necessario della eredità, essendo dispensato per virtù di esso dal pagare i debiti i legati e in generale dal soddisfare tutti i pesi ereditari. Ma nel tempo stesso non poteva ritrarre utile alcuno dalla eredità che si considerava eziandio a questo riguardo come non acquistata da lui.[1]

E dacchè l'*heres suus* che si fosse astenuto dalla eredità era sempre *heres*, così egli impediva, che si aprisse il diritto di successione a favore del grado ed anche dell' ordine susseguente, e perciò non poteva presentarsi neppure in questo caso la quistione della devoluzione di un grado ad un altro.

La regola, *successio in suis heredibus non est*, riguardava i figli e discendenti non propriamente *sui* ma pareggiati ad essi dal Pretore. Neppure fra questi peraltro v'era devoluzione di successione da un grado ad un altro.

[1] Vedi Leg. 12 D. de interog. in jure fac. XI, 1; Gaji Com. II, 158 e 163; Ulpianus XXII, 24; Leg. 57 D. de acq. vel amit. hered. XXIX 2; Leg. 30 §. 10 D. de fideic. hered. XL, 5.

§. XXXV.

Ciò per riguardo agli *heredes sui*. In quanto poi agli agnati il Pretore non introdusse nella loro classe verun parente, non gli emancipati, non i figli dati in adozione, non i discendenti delle donne. Egli lasciò questa classe quale fu composta dalla legge delle XII Tavole e ridotta dalla giurisprudenza media.

Ma provvide ai parenti esclusi dalla classe degli agnati, chiamandoli alla successione secondo il grado della loro parentela naturale, cioè nella qualità di *cognati*, come appresso diremo.

Deve riconoscersi però che il Pretore, non rinvigorendo con nuovi elementi la classe degli agnati e favorendo invece sommamente i cognati, mirava, per quanto indirettamente, a lasciare decadere sempre più e a far perire l'ordine agnatizio, creazione puramente civile che violava il diritto della cognazione. Questo spirito del Pretore si manifesta specialmente nell'aver mantenuto il diniego del diritto di devoluzione da grado a grado nella medesima classe degli agnati, lo che rendeva già facile la loro esclusione; e tanto più si fa manifesta la inten-

zione del Pretore, ove si consideri che il diritto di devoluzione fu ammesso da lui nella classe dei cognati. Ebbe perciò torto Giustiniano di fare rimprovero al Pretore di aver lasciata cotale imperfezione nel suo editto, e lungi dall'essere *absurdum*; *quod cognatis a praetore apertum est*, *hoc agnatis esse reclusum*,[1] ciò era in perfetto rapporto logico col fine generale che il Pretore medesimo si era prefisso.

§. XXXVI.

Ma il Pretore ben provvide a tutti i parenti per sangue *(cognati)*, che non potevano invocare nè la qualità di *heredes sui* nè l' agnazione, accordando loro la *bonorum possessio ab intestato Unde cognati*. È questa senza dubbio la riforma più importante e più feconda apportata al diritto civile delle XII Tavole.

A questo oggetto si avevano per *cognati* tutti i congiunti per sangue, d'ambedue i sessi, sino al sesto grado, e del settimo grado anche gli ex *sobrino, sobrinave nati nataeve*.[2] Laonde anche

[1] Inst. §. 7 de legit. agn. suc. III, 2.

[2] Inst. §. 5 de suc. cogn. III, 5; Leg. 1 §. 3 D. Unde cognati XXXVIII, 8.

i figli, i consanguinei e gli agnati erano compresi nella categoria dei cognati, e in tale qualità potevano invocare questa parte dell'editto, ove non si fossero presentati a raccogliere l'eredità nei loro ordini per disposizione del *jus civile* o non lo avessero potuto. Così, ad esempio, i figli dati in adozione erano ammessi nella qualità di cognati alla eredità intestata del loro padre legittimo e naturale, e l'agnato che per emancipazione aveva perduto l'agnazione era ammesso nella stessa qualità di cognato all'eredità di quello del quale sarebbe stato agnato, perocchè, ciò non ostante, gli uni e l'altro *natura cognati manebant, cognationis jura retinebant.*[1]

Come cognati erano ammessi alla *bonorum possessio* gli agnati che, non essendo i più prossimi non potevano succedere in tale qualità per difetto del diritto di devoluzione.[2]

Come cognate erano pure ammesse a dimandare la *bonorum possessio* le agnate che al tempo stesso non erano consanguinee del defunto e che, come donne, non potevano valersi dell'agnazione, per la modificazione apportata in questa parte della giurisprudenza alle

[1] Vedi Ulpianus XXVIII, 9; Gaji Com. III. 27 e 31.
[2] Inst. § 7 de leg. agn. succes. III, 2.

leggi delle XII Tavole, come superiormente fu notato. [1]

Come cognati erano pure chiamati alla successione dei loro genitori naturali i figli dati e viventi in adozione.[2] E l'adottato poteva al bisogno valersi di questa parte dell'editto *Unde cognati* per conseguire la successione dell'adottante, perchè l'adozione creava qualche cosa di simile alla cognazione.[3]

Da ultimo importa grandemente di menzionare, che il Pretore ammise al benefizio della *bonorum possessio ab intestato Unde cognati* i figli in riguardo alla eredità della madre, e questa in riguardo alla eredità de' figli nel caso che ella, non avendo contratto il matrimonio rigoroso, fosse rimasta estranea alla famiglia del marito e non fosse divenuta agnata de' suoi figli.[4]

L'ammissione dei figli a succedere alla madre deve segnalarsi come il primo riconoscimento della cognazione fatto nella forma propria; ad

[1] Feminae certe agnatae, quae consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus heres, neque agnatus ullus erit (Gaji Com. III. 29).

[2] Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur (Gaji Com. III. 31).

[3] Leg. 1 §. 4 D. *Unde cognati*. XXXVIII, 80.

[4] Gaji Com. III. 24, 25 e 30; Ulpianus XXVI, 8; Inst. princ. ad S. C. Tertul. III, 3.

essa è affatto estraneo l'antico principio della *patria potestas* di cui la madre non fu mai investita. Tuttavia conviene riconoscere che questo antico principio conservava ancora tanta forza, da confinare nel terzo ordine, fra tutti gli altri cognati, la madre e i figli in onta ai loro intimi ed intensi rapporti naturali.

In questa classe di cognati il più prossimo escludeva il più rimoto, e se ve n'erano più dello stesso grado, succedevano tutti *in capita*.[1] Inoltre si faceva luogo alla *successio graduum* o alla devoluzione da un grado ad un altro, e perciò la dimanda della *bonorum possessio*, promossa da un cognato non prossimo, era ammessa, quando il più prossimo trascurava di chiederla.[2]

§. XXXVII.

Da ultimo il Pretore regolò la successione fra i coniugi, concedendo loro reciprocamente la *bonorum possessio ab intestato Unde vir et uxor*.

Fu già detto, che la moglie la quale avesse contratto il matrimonio rigoroso succedeva al marito nella qualità di figlia, e fu per detto che

[1] Leg. 1 §. 1, 5 e 10 D. Unde cognati, XXXVIII, 8.
[2] Ulpianus, XXVIII, 11; Inst. §. 7 de leg. agn. suc. III, 2.

non si poteva far luogo a successione di ascendenti sulle eredità impossibili de' discendenti, e quindi del marito sulla eredità parimente impossibile della moglie, caduta sotto la *manus* di lui.

Ma ove fosse stato contratto un matrimonio libero, la moglie poteva avere un patrimonio e quindi alla sua morte lasciare un' eredità, siccome il marito. Per altro, mancando fra loro un rapporto di famiglia, giusta la costituzione data a questa dalla legge decemvirale, mancava eziandio la base alla loro reciproca successione *ab intestato*.

Sviluppatosi però il sentimento naturale della famiglia, e resa giustizia alla cognazione, era impossibile che si continuassero a considerare come estranei fra loro i coniugi, e che in quella vece non si scoprisse nella unione coniugale oltre l' accoppiamento de' sessi, il vincolo morale dell' *amore*, che, sanzionato dalla legge, di due fa quasi una persona sola; era impossibile che questo amore, il quale nella vita intima è l' anima, lo spirito vivificatore della famiglia, la ragione vera e più riposta della cognazione, mercè della quale in ogni senso si allarga e si espande, non si riconoscesse sufficiente motivo di successione fra i coniugi.

Sotto l'influenza di cotal sentimento il Pretore stabilì nel suo Editto che, se niun parente avesse chiesto o ottenuto la *bonorum possessio*, egli l'avrebbe concessa al coniuge *superstite*, purchè legittimo e non divorziato.[1]

Il provvedimento del Pretore, per quanto impari al valore del vincolo coniugale più tardi riconosciuto, riempiva una lacuna, divenuta sempre più vasta nel diritto successorio con l'andata in disuso del matrimonio rigoroso.

§. XXXVIII.

Le innovazioni del Pretore nel diritto successorio furono fatte in omaggio alla parentela per sangue ed al vincolo coniugale.

Ma se il diritto pretorio potè soddisfare, nel tempo in cui fu scritto, alle modeste esigenze della famiglia naturale, che era ancora rimasta nel vago e nell'indeterminato, (lo che spiega quella tal qual timidezza con cui il Pretore si staccava dal diritto civile delle XII Tavole), lo stesso diritto al certo non avrebbe potuto più bastare in appresso, quando la verità del principio naturale della famiglia e la giustizia dei

[1] Vedi Leg. unc. D. Unde vir et uxor. XXXVIII, 11; Leg. unic. C. eod. VI, 8.

diritti di questa fossero state universalmente riconosciute. Il movimento di riforma, iniziato dall'impulso di principî veri e fortemente sentiti, doveva continuarsi e non cessare che quando questi avessero ottenuto completa soddisfazione.

Ma come per lo passato, così in appresso la riforma procederà lenta e a gradi a gradi, attaccando e distruggendo prima le iniquità maggiori e più evidenti, che l'influenza del passato aveva forse impedito di conoscere e di distruggere, e poscia estirpando le altre.

§. XXXIX.

E certamente la maggiore e più evidente iniquità si trovò nel posto assegnato alla madre e ai figli nella rispettiva loro successione; perocchè come fu veduto, venivano nel terzo ordine soltanto, mentre il principio della cognazione avrebbe voluto che fossero ammessi nel primo.

L'eliminazione di cotesta ingiustizia devesi all'imperatore Claudio che pel primo collocò la madre nel suo degno grado in ordine alla successione dei figli; ma, cosa notevole, la cognazione qui ebbe soddisfazione sotto forma di con-

forto:[1] il che mostra, il concetto di essa essere ancora vago, indeterminato. Sembra inoltre che questa riforma non fosse completa, e al certo non è stata duratura, come può rilevarsi dalle disposizioni posteriori.

Fra queste viene primo il senatusconsulto Tertulliano, emanato sotto Adriano, il quale concesse alla madre il diritto di succedere nella luttuosa eredità dei figli legittimi, o no, morti *ab intestato*, purchè avesse avuto il *jus liberorum*, cioè tre figli se ingenua, e quattro se libertina.[2] Erano per altro preferiti a lei i discendenti, il padre, che fosse stato erede legittimo, ed il fratello consanguineo del figlio defunto: e concorreva con essa la sorella consanguinea del medesimo, ma nessun altro agnato.[3]

In seguito Costantino concesse alla madre il diritto di succedere in un terzo dei beni dei figli, ove non avesse avuto il *jus liberorum;*[4]

[1] Primus quidem divus Claudius matri, *ad solatium liberorum amissorum*, legitimam eorum detulit hereditatem (Inst. §. 1 de SC. Tert. III, 3).

[2] Ulpiauus, XXVI, 8; Paulus Lib. IV, T. IX, 1 e 7; Inst. princ. de SC. Terlul. III, 3. Il senatusconsulto Tertulliano fu conseguenza e compimento della legge Papia Poppea, la più importante dopo quella delle XII Tavole, la quale aveva riservato il diritto di successione ai cittadini che avevano figli. Il senatoconsulto per almeno fu fatto col medesimo scopo e la medesima intenzione.

[3] Ulpianus, loc. cit.

[4] Leg. 1. C. Theod. de leg. hered. V, 1.

e Valentiniano e Valente nella stessa condizione le attribuirono due terzi.[1] Da ultimo Giustiniano stabilì, che, senza riguardo alcuno all'*ius liberorum*, la madre succedesse ai figli maschi o femine, ove non lasciassero discendenti; ma in concorso coi loro fratelli si avesse la virile, in concorso colle sorelle la metà.[2] L'ava non fu ammessa al godimento dei diritti concessi alla madre.

Alla loro volta i figli e le figlie legittimi o naturali furono ammessi a succedere alla madre dal senatusconsulto Orfiziano.[3] Più tardi vi furono ammessi anche i suoi nepoti e le sue nipoti.

Tanto i figli e le figlie quanto i nepoti e le nipoti, soggetti o no all'altrui potestà, erano preferiti a tutti nella successione intestata della madre o dell'ava loro, quasi fossero *heredes sui*.

Il principio della *cognatio* nei diritti succes-

[1] Leg. 7. C. Theod. eod. Inst. §. 5 de SC. Tert III, 3.

[2] Inst. §. 4 e 5 eod.; Leg. 7. C. de SC. Tert. VI, 56; Leg. 2 C. de jure liber. VIII, 59. La Costituzione prima di Onorio e Teodosio, riprodotta nel Codice in questo titolo *de jure liberorum*, la quale a primo avviso potrebbe far credere che i medesimi pei primi dispensassero, dalla condizione del *jus liberorum*, la madre che sopraviveva ai figli per poter loro succedere, si riferisce probabilmente a quella specie di vantaggi, per mezzo dei quali la madre era ammessa all'eredità de' suoi figli, ancorchè non avesse il *jus liberorum*.

[3] Inst. §. 1. de SC. Orphit. III, 4.

sori, stabiliti da questi due senatusconsulti Tertuliano ed Orfiziano; spicca luminosamente; in quanto che essi diritti non si perdevano per la *minima capitis diminutio*, a differenza di quanto accadeva dei diritti successori stabiliti dalle XII Tavole; e la ragione stà appunto in ciò che quelli si fondavano su relazioni di sangue, questi su relazioni di diritto civile.

Un' osservazione ancora più importante è da fare sul senatusconsulto Orfiziano, cioè che da esso fu riconosciuto per la prima volta il rapporto dei figli con la madre, come un tutto speciale e distinto da quello dei cognati.

§. XL.

Un' altra iniquità ben grande lasciò sussistere il Pretore a carico dei discendenti delle femine; perocchè egli ammise sì alla *bonorum possessio ab intestato Unde liberi* i figli emancipati o dati in adozione ed emancipati dal loro padre adottivo, e riparò per tal guisa alla ingiustizia che il diritto civile delle XII Tavole, per effetto della falsa base data alla famiglia, aveva sancito a danno dei medesimi; ma egli non ammise al godimento della *bonorum possessio ab intestato Unde liberi* i discendenti delle figlie, perchè non

essendo soggetti per nascita alla *patria potestas* dell'avo materno, mancava il mezzo per ascriverli fra gli *heredes sui* dell'avo medesimo. D'altronde si sa essere stato questo, per l'influenza del passato, il solo nesso o mezzo o titolo che voglia dirsi, il quale premettesse al Pretore di attuare, nel diritto positivo, le grandi riforme delle quali i costumi avevano dimostrato la necessità e l'utilità. Nè d'altra parte la *cognatio* era allora valutata tanto da farne vincolo precipuo di famiglia e ragione unica di successione, sì che i discendenti dalle femine godessero l'egual favore dei discendenti dai maschi in qualsivoglia grado per quanto lontano.

Vi ripararono però, almeno in parte, gl'imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, includendo anco i discendenti delle femine nella classe degli *heredes sui* con questo diritto, di raccogliere cioè nella eredità lasciata dal *paterfamilias* della madre o ava loro, la porzione che la loro ascendente predefunta avrebbe avuto diritto di conseguire, ove fosse stata *heres sua* del defunto, diminuita però di un terzo, o di un quarto, secondo che esistevano altri *heredes sui* o *agnati*.[1] Da ultimo Giustiniano attribuì

[1] Cod. Theod. Const. 4. de legit. hered. V, 1; Inst. §. 15. de hered. quae ab intest. III, 1.

loro questa porzione intera e non più diminuita del terzo o del quarto.[1]

In quanto poi agli adottati, avendo il medesimo Giustiniano stabilito, che i figli dati in adozione ad un estraneo rimanessero nella famiglia e sotto la potestà del padre naturale, essi conservarono d'allora in poi la qualità di *heredes sui* in rapporto al medesimo.[2] Ma al tempo stesso si mantenne loro il diritto di succedere, come *heredes sui*, al padre adottivo, ammenochè da questo non fossero stati emancipati o diseredati.

§. XLI.

Importa grandemente di menzionare, che in questo tempo Costantino introdusse la legittimazione e che i suoi successori con novelle disposizioni sviluppano sempre più cotesto istituto.[3] Ora è saputo che la legittimazione riduceva

[1] Leg. 12. C. de suis et legit. hered. VI, 55; §. 14 e 15 de haered quae ab intest. III, 1; Novella 18, cap. IV.

[2] Leg. 10 princ. §, 1, 2 e 4. C. de adopt. VIII, 8; Inst. §. 14 de hered. quae ab int. III, 1.

[3] È noto che il diritto antico non conosceva la legittimazione. Ma v'erano dei fatti giuridici che producevano effetti analoghi a quelli che più tardi produsse la legittimazione. Così il latino juniano che acquistava la cittadinanza coi suoi figli, acquistava su di essi la patria potestà; il peregrino che otteneva dal principe il

i figli naturali nella potestà del padre loro naturale e faceva acquistare ad essi il titolo e la condizione giuridica di figli legittimi. Dal tempo adunque in cui la legittimazione fu introdotta, le singole classi degli eredi *ab intestato* comprendono sotto i loro vari rapporti non solo i figli legittimi ed adottivi, ma eziandio i legittimati.

§. XLII.

Il Pretore, l'abbiamo detto più volte, aveva reintegrato i figli emancipati nei diritti di *suità*. Ora la logica, (se non l'avesse arrestata nelle sue deduzioni la forza ancor viva del passato) avrebbe voluto, che in ordine alla successione collaterale fossero medesimamente reintegrati nei diritti di agnazione, giusta la legge delle XII Tavole, e di consanguineità, giusta la media giurisprudenza, i fratelli e le sorelle emancipati.

Tuttavia egli si limitò a collocarli e gli uni e le altre fra i cognati, concedendo loro la *bo-*

privilegium della cittadinanza, poteva dimandare ed ottenere eziandio la patria potestà sui figli; ed in fine a favore dei latini e dei peregrini che, mediante la *causae probatio* acquistavano la cittadinanza, si cambiava il matrimonio di diritto delle genti in matrimonio di diritto civile, ossia in matrimonio legittimo con effetto retroattivo per riguardo all'acquisto della patria potestà sui figli nati (Vedi Gaji Com. I, 29, 32, 66, 75 e 93-96).

norum possessio dopo gli agnati: onde lasciò sussistere la naturale ingiustizia, che non pure un consanguineo, un nipote *ex fratre;* ma ben anche un più lontano agnato escludesse dalla successione gli emancipati, fratello o sorella che fossero.

Ma almeno in parte riparò a cotesta ingiustizia l'imperatore Anastasio, chiamando gli emancipati (fratelli o sorelle) alla successione legittima, come se fossero agnati di primo grado o consanguinei, in concorso coi fratelli e sorelle che non essendo stati sciolti dalla patria potestà per emancipazione, avevano veramente la qualità di agnati di primo grado o consanguinei.

Dissi in parte, perchè agli emancipati attribuì soltanto la metà della quota che loro sarebbe spettata, se la emancipazione non fosse seguita. Inoltre tale vocazione non comprendeva nè i figli e discendenti degli emancipati, nè i fratelli e le sorelle date in adozione e neppure i discendenti delle femine.[1]

[1] La Costituzione di Anastasio che conteneva questa disposizione non è giunta sino a noi, ma trovasi menzionata in più luoghi delle Istituzioni e del Codice (Vedi Inst. §. 1 de suc. cogn. III, 5; Leg. 4 C. de legitima tutela, V, 30; Leg. 15, §. 1 C. de legit. hered. VI, 58; Vedi pure Teofilo nella sua parafrasi delle Istituzioni).

Ma Giustiniano, sebbene dapprima si fosse limitato a confermare la Costituzione di Anastasio, chiamò in seguito i fratelli e le sorelle emancipate a succedere con gli agnati in parti eguali ed estese pure il diritto di succedere ai figli e alle figlie degli emancipati, ma non ai loro nipoti ed alle loro nipoti.[1]

Nè ciò è tutto. Incalzando sempre più il principio della cognazione, Giustiniano, *humanitate suggerente*, chiamò alla successione dei fratelli e delle sorelle i fratelli e le sorelle *uterine*, come se fossero agnati, e non pure in mancanza di consanguinei, ma eziandio in concorso di questi.[2] Poco appresso attribuì ai figli dei fratelli e delle sorelle uterine gli stessi diritti successori appartenenti ai nipoti agnati.[3]

Lo stesso Giustiniano ammise pure a favore degli agnati il diritto di devoluzione da grado a grado.[4]

Per quanto poi concerneva ai fratelli e alle sorelle date in adozione ad un estraneo, costoro

[1] Leg. 15 § 1 e 3 C. de legit. hered. VI, 58.

[2] Leg. 1 C. eod.

[3] Inst. §. 4 de legit. ag. suc. III, 2; Leg. 15. §. 2 e 3 C. eod.

[4] Nos nihil perfectissimo jure deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam (Inst. §. 7 de legit. agn. suc. III. 2.

per disposizione dello stesso Imperatore conservarono nella loro famiglia naturale i diritti successori sulle eredità dei congiunti, come la *suità* in riguardo alla eredità del loro padre legittimo e naturale.

§. XLIII.

Nello sviluppo storico del diritto successorio finora delineato non ci è apparsa fra gli ascendenti che la sola madre, ammessa alla successione dei figli e delle figlie. Or che dee dirsi del *paterfamilias* e degli altri ascendenti? Già notammo che non poteva farsi luogo alla successione del padre, nella eredità del figlio; imperocchè o questi morendo era soggetto alla potestà di lui, e allora non essendogli dato di aver beni, non era pur concepibile che lasciasse un'eredità: o era emancipato, ed ogni vincolo di agnazione essendo rotto, ogni titolo di succedere veniva meno. Ma introdotti i peculi, poteva il figlio, benchè soggetto alla *patria potestas*, lasciare un patrimonio, e a questo riguardo farsi luogo alla successione. Or bene, la prima idea che si presentò fu quella di compensare il padre della perdita dei vantaggi che gli aveva cagionato la costituzione dei peculi; e questa

idea suggerì alla sua volta il modo di compenso, cioè l'acquisto del peculio lasciato dal figlio, che sarebbe stato del padre senza la costituzione de' peculi. Fu perciò stabilito, che il *peculio castrense* e quasi *castrense* del figlio morto intestato si acquistasse al padre per diritto non di eredità ma di peculio, *non quasi hereditas, sed quasi peculium,*[1] reputandosi che *postliminii cujusdam similitudine poter atiquo jure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia.*[2] Fin qui adunque non si ebbe una vera successione *ab intestato* a favore del padre o di altri ascendenti paterni sui patrimoni dei figli od altri discendenti.

Posteriormente per influenza dello stesso principio di cognazione fu stabilito da alcune Costituzioni imperiali, che ai beni, pervenuti per donazione, legato od altro titolo, al figlio di famiglia dalla madre o da altro ascendente materno, fossero chiamati *ab intestato* in primo luogo i discendenti maschi o femine, in secondo luogo i fratelli e le sorelle, tanto germani quanto consanguinei o uterini; in terzo luogo il padre o altro ascendente, giusta la prossimità del grado.[3]

[1] Leg. 1 e 2 D. de peculio castr. XLIX, 17.

[2] Leg. 19. §. 3. in fin. eod.

[3] Leg. 3 e 4 C. de bonis quae liber VI, 61; Leg. 11 C. communia de succes. VI, 59.

Giustiniano da ultimo estese questo stesso ordine di successione ai peculi *castrense e quasi castrense*, rimanendo però fermo che in mancanza dei due primi gradi di successione il padre acquistasse i beni del figlio per diritto di peculio e non di eredità.[1]

Per quanto poi concerne la successione all'eredità intestata del figlio emancipato si ebbe pure l'idea di compensare il padre della perdita dei vantaggi, che non avrebbe sofferto senza l'emancipazione. A cotale effetto piacque a Giustiniano di stabilire, che la emancipazione si avesse a considerar sempre avvenuta *contracta fiducia*, e che perciò il padre emancipante avesse sempre a succedere al figlio emancipato. Ma omai la voce dell'umanità prevalendo alle argute sottigliezze del diritto civile, non si potevano più disconoscere i diritti della famiglia naturale, e perciò Giustiniano al padre dell'emancipato preferì i figli, i fratelli e le sorelle di lui.[2]

[1] Inst. princ. quib. non est permis. test. fac. II, 12.
[2] Leg. 2 C. ad S. C. Tertul. VI, 56.

§. XLIV.

Il principio della cognazione si era manifestamente infiltrato a poco a poco con più o meno efficacia ed effetto nel sistema successorio, originariamente fondato dalla legge delle XII Tavole sul principio della *patria potestas*, e lo aveva notevolmente modificato.

Ma è del pari manifesto che il diritto successorio nella sua parvenza formale non fu grandemente mutato. In vero gli *heredes sui*, gli *agnati* ed i *cognati* (sostituiti agli antichi gentili) hanno sempre formato tre categorie distinte di persone chiamate alla successione legittima, quali furono statuite dallà medesima legge delle XII Tavole. E ad ogni piè sospinto ci è occorso notare, che le riforme fatte dal Pretore, dal Senato e dagli Imperatori consistevano sempre in un artifizioso trovato, pel quale o si facevano entrare nelle categorie degli *heredes sui* o degli *agnati* persone che la legge decemvirale considerava per *cognati*, o si sostituivano altri *cognati* agli estinti *gentili*.

§. XLV.

Era però impossibile che prolungasse di molto la sua esistenza l'antico ordine di successione, benchè si fosse tentato a più riprese di doversi a forza e vita con sempre nuovi innesti; imperocchè era venuto a mancare a poco a poco il suo principio fondamentale, il principio dell' *agnazione*. Ciò prova anco una volta che gl' istituti periscono, allorchè si allontanano tanto dai principì, da non sentirne più l'influenza o da smarrirne la memoria.

Dall' altro canto il principio della *cognazione* che sempre più determinandosi ed invigorendosi aveva fatto sì nobili ed estese conquiste sul suo rivale, non poteva omai tenersi più raffrenato dalle pastoie del passato e presentarsi sotto veste non sua. Che compia la sua ultima conquista, che rimanga solo padrone del campo, ed esso imporrà che si cancelli la legge del passato e si scriva la sua. E così fu.

§. XLVI.

Giustiniano con le famose Novelle 118 e 127 fece la nuova legge sull' ordine successorio *ab*

intestato, giusta il principio della *cognazione:* « *Plurimas et diversas leges,* così egli nella prefazione della Novella 118, *veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas* non juste differentia *ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus, omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem Legem clara, compendiosaque divisione disponere.*

L'ordine con cui Giustiniano chiamò alla successione intestata i parenti designati dai vincoli del sangue, i cognati fu questo;

1.° I discendenti;

2.° Gli ascendenti, i fratelli e le sorelle germane, i figli e le figlie dei fratelli e delle sorelle germane, se fossero premorti i loro genitori;

3.° I fratelli e le sorelle unilaterali, cioè consanguinei o uterini, e se questi erano premorti, i loro figli e le loro figlie;

4.° Gli altri parenti.

La prima classe di successori legittimi escludeva la seconda e le altre, la seconda escludeva la terza e la quarta e la terza escludeva quest'ultima; in somma la classe precedente escludeva le susseguenti. Quindi, perchè il diritto di succedere passasse da una classe all'altra che la seguiva

immediatamente *(successio ordinum)*, era necessario che in quella mancassero tutti i chiamati.

Ove una classe comprendesse più persone, se erano di grado eguale, succedevano tutte, se di grado disuguale, il più prossimo escludeva di regola il più remoto *(successio graduum)*. Ma questi poteva essere ammesso a succedere in concorso col più prossimo, quando avesse goduto del diritto di rappresentazione, come appresso spiegheremo.

§. XLVII.

Nella prima classe la successione era molto semplice.

Nella eredità dell' ascendente succedevano tutti i discendenti che erano nati o concepiti nel tempo della morte di lui, che corrispondeva all'istante della aperta successione. Naturalmente i più prossimi nella stessa linea avevano soli il diritto alla successione. Ma in ciascuna linea era ammesso il diritto di rappresentazione illimitato, mercè del quale quelli fra i discendenti che fossero stati meno prossimi al defunto, si mettevano in linea cogli altri più prossimi, pigliando il posto del loro padre od avolo, e quali rappresentanti di loro succedevano nella stessa quota

che questi avrebbe raccolto se fosse sopravvissuto alla persona della cui successione si tratta. Sulla natura e sugli effetti del diritto di rappresentazione non sono concordi gl'interpriti: ma l'effetto più certo si è quello di far subentrare il dipendente più remoto nel luogo o nel posto del più prossimo.

Era poi indifferente che i discendenti fossero maschi o femine, che fossero nati da un unico o da più matrimoni, che fossero legittimi o legittimati, che in fine fossero stati emancipati o che fossero ancora soggetti alla potestà di colui al quale succedevano.[1]

La eredità si divideva *in capita*, fra i discendenti di primo grado, cioè fra i figli del defunto, oppure fra i discendenti di egual grado, se esisteva una sola linea, per es. fra i nipoti da un figlio predefunto: in tutti gli altri casi la eredità si distribuiva *in stirpes.*[2]

§. XLVIII.

Nella seconda classe era piuttosto complicato il modo di successione, atteso che, come fu no-

[1] Novella 118 cap. 1 e 4.

[2] Inst. §. 6 e 16 de hered. quae ab intest. deferl. III, 1; Nov. 118 cap. 1.

tato, comprendeva tre categorie di persone, cioè gli ascendenti, i fratelli e le sorelle germane, e i loro figli e figlie.

Esistendo soli ascendenti, succedevano essi soli in questo modo. Se appartenevano ad una stessa linea, paterna o materna, il più prossimo escludeva il più remoto, e quelli di grado eguale, succedevano *in capita*. Se poi appartenevano alle due linee paterna e materna, il più prossimo dell'una o dell'altra linea escludeva gli altri; ma ove fossero stati di egual grado in ambedue le linee, l'eredità si divideva *in lineas*, asssegnandosene la metà agli ascendenti paterni e l'altra ai materni, qualunque ne fosse il numero e per quanto differente nelle due linee.

Se esistevano soli fratelli e sorelle germane del defunto, essi soli succedevano e si dividevano la eredità *in capita*.

Da ultimo, esistendo soli figli e figlie di fratelli e sorelle germani predefunti, essi soli succedevano, e si dividevano la eredità *in capita*, secondo l'opinione più comune ma meno conforme ai principi.

Da questi casi semplici passando ai complessi,

1.° Ove fossero esistiti ascendenti e figli o figlie di fratelli o di sorelle germane, i primi

soltanto succedevano, almeno secondo l'opinione più comunemente ricevuta;

2.° Ove fossero concorsi ascendenti e fratelli e sorelle germane, succedevano tutti *in capita;*

3.° Ove fossero concorsi fratelli e sorelle germane e i figli e le figlie di altri germani o germane predefunte, succedevano tutti *in stirpes;*

4.° Ove in fine fossero coesistiti ascendenti, germani o germane e figli o figlie di altri germani o germane predefunte, succedevano tutti, i primi e i secondi *in capita*, gli ultimi *in stirpes;* in altri termini l'eredità veniva divisa in tante parti quanti fossero gli ascendenti, i germani e le germane esistenti e i germani e le germane predefunte che avessero lasciati figli e figlie concorrenti alla successione, era assegnata a ciascuna stirpe di questi ultimi le porzioni che avrebbero raccolto i loro genitori, se vivi, e se la dividevano *in capita.*[1]

In questa classe non erano ammessi a consuccedere i nipoti e le nipoti dei fratelli e delle

[1] Nov. 127. È saputo che la Novella 127, ammise in questa quarta ipotesi i figli e le figlie dei fratelli e sorelle germani alla consuccessione, dalla quale li aveva esclusi la Novella 118, che perciò rimase corretta dall'altra.

sorelle germane predefunte, non avendo Giustiniano concesso loro il diritto di rappresentazione.[1]

§. XLIX.

La terza classe comprendeva due categorie di persone, cioè:

1.° I fratelli e le sorelle unilaterali, consanguinei o uterini, del defunto;

2.° I loro figli e figlie quando i genitori fossero premorti.

Se erano soli o i primi o i secondi, succedevano tutti *in capita*. Se concorrevano insieme, i primi succedevano *in capita*, i secondi *in stirpes*.

Neppure in questa classe i nipoti e le nipoti dei collaterali unilaterali predefunti erano ammessi alla consuccessione, non essendo stato loro accordato il diritto di rappresentazione, ossia il diritto di sottentrare nel posto dei loro avi per rispetto all'eredità degli zii, e concorrere così con altri di grado più vicino.

[1] Nov. 118, cap. 3; Nov. 127 cap. 1.

§. L.

Finalmente la quarta classe comprendeva tutti gli altri collaterali. Fra essi il più prossimo escludeva il più remoto, e gli egualmente prossimi succedevano *in capita.*[1]

§. LI.

Importa ora che in queste disposizioni analizziamo il principio della cognazione, che, acchiudendo nel suo grembo i vincoli e i diritti naturali del sangue, informerà in appresso ogni ben ordinato sistema di successione.

Giustiniano nella intensità del vincolo di cognazione pigliò la norma fondamentale che gli valse tanto nello stabilire l'ordine quanto nel determinare il grado della successione.

In quanto all'ordine, a somma ragione valutò il vincolo di cognazione supremamente intenso nella persona dell'ascendente verso i suoi figli o discendenti; perocchè questi o sono suo sangue o sangue del suo sangue. Nè potrebbe accogliersi da senno la pretesa di doversi

[1] Nov. 118, cap. 3, in fine.

valutare egualmente l'intensità della cognazione nella persona del figlio o discendente verso i genitori od altri ascendenti, per la ragione che il sangue suo è sangue de' suoi genitori, è sangue scaturito dalle vene degli altri ascendenti. Ella è una verità di sentimento che noi ci sentiamo più stretti e abbiamo maggior dilezione verso i figli, che verso i genitori. Il cuore del padre batte più energicamente quando dice del figlio — *è sangue mio;* — che non intervenga al figlio, allorquando afferma di sè in relazione al padre — *sono sangue suo.* — Irresistibile, indomabile è l'affetto che noi abbiamo alle nostre creature: i generati da noi ci sembrano un'emanazione di noi stessi: sangue del nostro sangue, carne delle nostre carni, la parte più eletta di noi medesimi. L'ascendente vede riprodotta la sua immagine e perpetuato sè stesso nel figliuolo e nel nipote, e si compiace quasi di rivivere in questi cari rampolli. Tutto ciò non può ripetere il discendente verso l'ascendente: egli è in un rapporto d'inferiorità e di dipendenza, che se non può estinguere la gratitudine e l'affetto del sangue, al certo non porge loro soverchio alimento. Inoltre gli occhi dell'uomo si volgono sempre al futuro e non al passato. La corrente non torna mai alla sua scaturigine.

In mancanza di figli o di altri discendenti, la cognazione più intensa che si possa avere è quella che ci lega coi genitori od altri ascendenti, de' quali il sangue più o meno immediatamente ci scorre nelle vene. Noi lo sentiamo, sebbene sfuggano all'analisi siffatti reconditi influssi. Di conseguenza i soli ascendenti dovrebbero essere chiamati alla successione del figlio o del nipote ec. morto senza discendenza.

Giustiniano invece, come abbiamo veduto, chiamò a concorrervi i fratelli e le sorelle germane del defunto e, questi premorti, i loro figli e le loro figlie.

La chiamata dei germani e loro figli, d'ambo i sessi, in un cogli ascendenti fatta contro il criterio determinante l'ordine di vocazione, ossia contro l'esigenza della intensità della cognazione può giustificarsi con un complesso di motivi sufficienti a supplire al difetto d'intensità della cognazione.

Innanzi tutto la successione, come si è accennato, tende per natura sua verso quelli che, succedendoci nella vita, continueranno la famiglia, piuttosto che verso quelli che ci precedettero e che solo per invertito ordine delle regole sulla durata della vita ci sono sopravvissuti.

Secondariamente la cognazione è principio naturale della famiglia, e perciò base naturale del sistema successorio, non per la trasmissione materiale del sangue, ma per il sentimento morale dell'amore che essa medesima genera potentissimo e che poi la comunanza della vita mantiene ed accresce.

Ma livellati nell'ordine della successione gli ascendenti e i germani e le germane e, questi predefunti, i loro figli e le loro figlie, sembrerebbe che si fossero dovuti alzare allo stesso ordine i fratelli e le sorelle, consanguinei o uterini, ed essi premorti, i loro figli e le loro figlie, con una differenza però nella quantità della quota ereditaria, proporzionale alla differenza della quantità, se può dirsi così, della cognazione, che è doppia fra i germani, semplice fra consanguinei o uterini.

Giustiniano invece, come abbiamo veduto, collocò gli unilaterali nel terzo ordine, cioè li chiamò alla successione in mancanza dei germani e dei figli di germani predefunti. Questo modo di apprezzare il valore della cognazione rispetto agli unilaterali può giustificarsi, ricercando come altrove accennai,[1] nel cuore umano

[1] Archivio giuridico II, 394.

e nella vita intima della famiglia l'influenza che non mancano mai di esercitare rapporti della fraternità che mettono capo ad ambedue i genitori, o al solo padre, o alla sola madre. I germani nati dal primo matrimonio che veggono occupato da altro uomo o da altra donna il posto tenuto dal loro padre o dalla loro madre naturale, si stringono sempre più insieme, e nella cresciuta affezione reciproca e nelle forze associate trovano in parte consolazione e ristoro al danno patito per la perdita amara di uno dei genitori. Che se poi perdettero la madre, ed hanno nella seconda moglie del loro padre una matrigna, la contrarietà che questa sente ad amare i figli della prima donna di suo marito, reagisce su questi che raramente amano la matrigna, e come per riflesso o riverbero di lei amano poco anche i loro fratelli uterini. E poichè l'affetto vive d'affetto e raramente non ripaga con perfetta eguaglianza, i germani nati dal secondo ed attuale matrimonio non dànno agli altri nel loro cuore posto migliore di quello che essi occupano nel cuore dei medesimi.

Nulla è da osservare sull'ultimo posto assegnato a tutti gli altri parenti non compresi nelle precedenti classi di persone chiamate alla successione intestata.

In quanto poi al grado, la valutazione dell'intensità della cognazione a questo effetto dà la regola, che in ciascuna classe il più prossimo eslcude tutti gli altri.

Questa regola vedemmo rispettata da Giustiniano nella classe degli ascendenti e in quella dei collaterali non compresi nella seconda e terza classe. Non la osservò poi in riguardo ai discendenti *ex filiis* e ai nipoti *ex fratre vel sorore* pei motivi che giustificano a loro favore il diritto di rappresentazione.

La valutazione dell'importanza di cotesti motivi è essenzialmente relativa. Così nella linea discendentale i Decemviri e Giustiniano concordemente concessero il diritto di rappresentazione illimitato. Al contrario nella linea collaterale i primi non l'ammisero affatto, e il secondo l'accordò soltanto ai nipoti *ex fratre* o *ex sorore.* Che anzi egli medesimo vacillò in cotal punto; perocchè dapprima negò il diritto di rappresentazione e poscia lo concesse ai suddetti nipoti nel caso che concorressero cogli ascendenti e co' zii. Più ancora non fu molto conseguente, concedendo loro siffatto diritto di fronte agli ascendenti, se concorrevano con gli zii, e negandolo nel caso contrario, secondo l'opinione più ricevuta.

§. LII.

La cognazione fu presa da Giustiniano a base della successione intestata, non solo se legittima, ma eziandio se illegittima, ammenochè considerazioni di alta convenienza pubblica non gli consigliassero di non disconoscerla affatto.

E in base della cognazione, quantunque illegittima, succedevano i figli *adulterini*, *spuri* e *vulgo quaesiti* alla madre ed ai parenti di questa, i quali viceversa succedevano a loro,[1] ma non al padre che alla sua volta non succedeva loro. Parimente i figli *naturali* succedevano alla madre ed ai parenti di lei e questi a loro. Che anzi succedevano eziandio al padre che non avesse lasciato moglie e discendenti legittimi, ma solamente nella sesta parte dell'eredità che dovevano poi dividere con la loro madre.[2]

[1] Vedi Inst. §. 4 de succ. cognat. III, 5; §. 3 de SC. Orph. III, 4; Leg. 5 C. ad SC. Orphit. VI, 57.

[2] Vedi Nov. 18. cap. 5; Nov. 89 cap. 12 §. 4 e 6. È saputo che la corruttela dei costumi spinse l'imperatore Augusto a riconoscere lecito per minor male il concubinato, convivenza di un celibe con una nubile che tiene luogo di moglie senza averne i diritti. Benchè il concubinato non valesse a produrre gli effetti delle giuste nozze, tanto nei rapporti fra i concubinari quanto in quelli fra essi e i figli, ed in ispecie la concubina non fosse nè si chiamasse *uxor*, ma in prima *pellex*, quindi *amica*, in fine

Al contrario i figli *incestuosi* non succedevano nè al loro padre, nè alla loro madre, nè agli ascendenti paterni o materni, nè viceversa tutte queste persone a loro.[1]

§. LII.

Analoga alla cognazione naturale, di cui si è discorso finora, divenne la parentela civile creata dall'adozione, senza però distruggere il vincolo della cognazione naturale, che quando più quando meno rimase principio regolatore della successione fra l'adottato e i suoi parenti naturali.

concubina, benchè i figli seguissero la condizione della madre e perciò non fossero legittimi, nè soggetti alla potestà del padre, nè fatti partecipi dei diritti di famiglia di lui, tuttavia il concubinato aveva le apparenze di un matrimonio e non poteva non generare rapporti analoghi a quelli del matrimonio legittimo. Non si aveva nel concubinato o dal concubinato una vera famiglia, ma qualche cosa di simile. In somma la convivenza faceva sì che il concubinario non fosse un estraneo alla concubina e viceversa, e la generazione creava necessariamente fra essi e i figli vincoli di sangue. Tuttavia da Augusto fino a Giustiniano nè la concubina nè i figli nati da questa furono ammessi a godere diritti successori sulla eredità del concubinario e rispettivamente padre. Anche nell' accordare i diritti successori menzionati nel testo, Giustiniano rese omaggio al principio della parentela naturale, valutandolo però moderatamente per rispetto alla famiglia legittima.

[1] Vedi Leg. 6. C. de. incest. et inut. nuptiis V, 5; Nov. 74 cap. 6; Nov. 89. cap. 15.

In cotesti rapporti artificiali creati dall'adozione e intrecciantisi coi rapporti naturali creati dalla generazione, ecco come Giustiniano regolò la successione.

Gli *arrogati* ed i figli dati in adozione ad un loro ascendente naturale succedevano al loro padre adottivo e agli agnati di lui e viceversa questi succedevano a loro;[1] ma non succedevano alla moglie del padre adottivo, nè ai parenti di lei.[2]

Gli adottati da un estraneo succedevano al loro padre adottivo ma non ai suoi agnati: il padre adottivo non succedeva loro. Succedevano eziandio al loro padre naturale ed egli a loro.[3]

Da ultimo i figli adottati da una donna succedevano alla medesima ma non ai suoi parenti.[4]

§. LIV.

Andato in disuso il matrimonio rigoroso, che creava il vincolo agnatizio fra i coniugi, e non riconosciuta al matrimonio libero la forza di

[1] Inst. §. 2 de adopt. I, 11; §. 2 e 14 de hered. quae ab intest. def. III, 1; Leg. 10 princ. e §. 5 C. de adopt. VIII, 48.
[2] Leg. 23 D. de adopt. I, 7.
[3] Leg. 10 §. 1 C. de adopt. VIII, 48.
[4] Leg. 5 C. eod.

creare fra i coniugi medesimi un vincolo abbastanza intimo ed intenso, da produrre effetti analoghi a quelli del vincolo della cognazione naturale o civile, la successione fra i coniugi non potè avvantaggiarsi dei progressi fatti in rapporto ai parenti. Il coniuge superstite continuò a succedere al defunto, solo quando fossero mancate tutte le altre classi di eredi e di più per succedere aveva mestieri d'invocare l'editto *unde vir et uxor*, che in questa parte solamente rimase in vigore dopo le leggi Novelle.[1] Che anzi la successione fra coniugi, quasi da loro non isbocciasse il germe della cognazione, non solo non si avvantaggiò delle nuove idee giuridiche in armonia coi vincoli naturali ma in generale peggiorò la sua condizione; perocchè Giustiniano avendo prima di loro chiamati più parenti alla successione, questa non poteva aprirsi che assai più raramente e difficilmente a loro favore.

Ma la pietà verso la moglie povera ed indotata, lasciata vedova da un marito ricco, suggerì un diritto di successione eccezionale a favore di lei. Fu ad essa accordata sulla eredità del marito una porzione virile, se concorreva con

[1] Inst. §. 6 de bon. poss. III, 9; Dig. unde vir et uxor XXXVIII, 11; Cod. eod. VI, 16.

quattro o più discendenti, e la quarta parte se concorreva con minor numero di discendenti o con altri parenti. La virile o la quarta le spettava in proprietà se non concorrevano con essa i figli nati dal suo matrimonio col defunto, altrimenti ne aveva soltanto l'usufrutto.[1]

Questo dettato della pietà doveva nel giro de'secoli divenire una regola generale di ragione.

§. LV.

Per quanto poi concerne la concubina, fu notato superiormente che essa coi figli succedeva al marito, che non avesse avuto moglie e discendenti legittimi, nella sesta parte dell'eredità.

§. LVI.

Cognazione naturale legittima od illegittima, cognazione civile, vincolo coniugale che si può assimilare alla cognazione, sì per gl'intimi ed intensi rapporti che crea fra i coniugi, sì perchè da esso la cognazione, come da fonte, de-

[1] Nov. 117, cap. 5. È noto, che eguale diritto fu dapprima conceduto al marito e che poscia gli fu tolto.

riva, sono stati i principi regolatori della successione intestata, che sino a questo punto abbiamo esaminato nell' ultimo periodo della storia del diritto romano.

Ma il tema della medesima successione non è ancora esaurito. V'hanno altre persone, oltre i parenti ed i coniugi alle quali per motivi speciali fu accordato un diritto di successione. Ciò per altro non toglie punto di verità al principio sopramenzionato e spesso ripetuto, che la successione intestata posava, per diritto Giustinianeo, sulla cognazione, considerata quale sorgente naturale del sentimento morale dell'amore, quale vincolo di famiglia. Che anzi gli stessi motivi speciali de'quali pigliano a discorrere riflettono in qualche modo o si derivano dal principio dell'amore.

In effetto vediamo primieramente, che quegli il quale aveva raccolto e custodito un demente abbandonato dai parenti o dal coniuge, che avrebbero dovuto succedergli e che intimati non ne assunsero la cura, era ammesso a conseguire la successione del demente, morto nello stato di alienazione mentale, ad esclusione dei parenti o del coniuge divenutine indegni.[1]

[1] Novella 115 cap. 3 §. 12.

Or bene: da una parte l'abbandono del demente dimostra che mancò l'amore di famiglia, e mancando l'amore, era conveniente che venisse meno il diritto di successione; dall'altra parte la cura assuntane rivela nel curatore un sentimento di amore analogo a quello della famiglia; quindi giustamente viene considerato ragione sufficiente del diritto di successione a favore del curatore medesimo.

In secondo luogo, ove alcuno non poteva o non voleva acquistare l'eredità secondo le regole sin qui spiegate, le chiese ed i conventi succedevano ai loro chierici e monaci,[1] la legione militare,[2] le altre comunità, come quelle dei decurioni, dei barcaiuoli, degli armaiuoli ed altre simili ai loro membri,[3] ed infine il fisco a tutti coloro la eredità de' quali fosse rimasta vacante.[4] Ebbene, anche di queste speciali successioni è causa determinante il più immediato rapporto e quindi il maggior sentimento di amore, che il defunto ebbe o si reputa che avesse in vita sua verso la chiesa, il convento, la le-

[1] Leg. 20 Dig. de episc. et cler. I, 2; Nov. 5 cap. 5; Nov. 131 cap. 13.

[2] Leg. 6 §. 7 C. de injusto, rupto irr. test. XXVIII, 3; Leg. 2 C. de cred. decur. VI, 62.

[3] Leg. 1, 3 e 5 C. de hered. dec.

[4] Leg. 1 e 4 C. de bon. vacat. X, 10.

gione, insomma con la corporazione o col collegio in cui era vissuto, e da ultimo con la società, lo stato, la nazione, in mezzo a cui era vissuto.

§. LVII.

Ecco il quadro succinto, con le sue fasi, variazioni e graduali progressi, dalla successione intestata dalle XII Tavole dei Decemviri sino alle Novelle di Giustiniano.

Ma la persona della cui successione si fosse trattato ebbe mai influenza sulla devoluzione della medesima? Poteva essa con un atto di volontà privare della sua eredità coloro, a cui la legge l'avrebbe altrimenti deferita? Poteva essa disporne senza riguardo ai vincoli di sangue, ai diritti di famiglia, oppure l'arbitrio di disporne gli fu limitato in forza e in ricognizione di cosiffatti vincoli, e diritti?

Fu ricordato nel principio di questo lavoro, che la Legge delle XII Tavole conferiva al *paterfamilias* il diritto, l'arbitrio più assoluto, di disporre di tutto il suo patrimonio per dopo la morte sua: *Uti paterfamilias legassit super familia tutelave suae rei, ita jus esto*. Anche cotesto diritto, e cotesto arbitrio assoluto derivava dall'immane *potestas* del *paterfamilias*, la quale

tanto più facilmente poteva estendersi al di là della tomba quanto più non incontrava alcuno potere rivale che l'arrestasse. Un potere rivale non poteva sorgere che in seno alla famiglia. Or la famiglia non solo non aveva diritti da opporre alla *patria potestas*, ma la sua stessa esistenza dipendeva ed era assorbita dalla *patria potestas*, che col suo diritto di vita e di morte con quello di vendita, di emancipazione e di *datio in adoptionem* poteva disfarla. La famiglia emanata dal *paterfamilias*, era pure, per una specie di panteismo, immedesimata in lui.

La illimitata libertà di disporre della eredità proclamata solennemente dalle XII Tavole a favore del *paterfamilias*, avrà avuto certamente un correttivo nei costumi, i quali in un sentimento della propria dignità avranno impedito a lui di valersene per privare la sua famiglia, cioè i figli, i discendenti, la moglie, gli agnati i gentili della sua credità.

Ma alteratisi i costumi, quella illimitata libertà degenerò in abuso che ne provocò la restrizione.

§. LVIII.

La natura e lo scopo dei provvedimenti correttivi della sbrigliata libertà c'indicano che il

primo o almeno il maggiore abuso che se ne fece fu quello di non lasciare agli eredi che il mero titolo senza alcun emolumento nell'eredità; per la qual cosa, gli eredi non volendo avere a che fare con istituzioni da burla, che per di più li esponevano a serie obbligazioni, venivano necessariamente a cadere tutte le disposizioni testamentarie.

Tralasciata la legge *Cincia de donis et muneribus* che non riguarda il nostro soggetto, prima di tutte la legge Furia *de testamentis* (d'epoca anteriore all'anno 585 di Roma) restrinse la libertà di disporre per testamento, proibendo di accettare un legato o una donazione *causa mortis* eccedente i mille assi, e condannava i violatori ad un'emenda quadrupla della somma accettata. Essa non raggiunse lo scopo che si era prefisso di assicurare un vantaggio all'erede, il quale avesse così avuto motivo di accettare l'eredità; perocchè il testatore poteva esaurire in tanti legati di mille assi tutto il suo patrimonio, per quanto pingue si fosse.[1]

Alla insufficienza della legge Furia intese riparare la legge Voconia (celebre plebiscito dell'anno 585 di Roma), la quale, oltre aver

[1] Gaji Com. II, 224 e 225.

limitato le liberalità da farsi alle donne per combattere, secondo alcuni, il vizio del lusso e lo spirito d'inframettenza negli affari e di dominazione sul sesso virile che le aveva invase, per favorire, secondo altri, l' agnazione, prescrisse pure, che non si potesse validamente lasciare un legato o fare una donazione *causa mortis* che avesse valor maggiore di ciò che dell'eredità rimaneva all'erede. Ma anche questa legge riescì insufficiente; perocchè facendosi molti piccoli legati, si lasciava all'erede un vantaggio affatto disprezzabile che non poteva allettarlo ad accettare l'eredità, la quale prima del *beneficium inventarii*, inventato assai più tardi da Giustiniano, non lasciava mai tranquillo l'animo dell'erede.[1]

Ultima venne la legge Falcidia, plebiscito dell'anno 714 di Roma, la quale prescrisse che i legati non potessero sorpassare tre quarti dell'eredità e che l'altro quarto dovesse essere riservato all'erede. Questo quarto dell'eredità fu considerato, anzi fu in realtà un vantaggio sufficiente per indurre l'erede ad accettare l'eredità; perocchè la legge Falcidia non fu seguita, da altre leggi restrittive, che si proponessero

[1] Gaji Com. II, 226.

il medesimo scopo. La nota costituzione di Valentiniano e Valente (abrogata poi da Marciano) mercè della quale fu proibito ai preti di ricevere liberalità dalle donzelle e dalle vedove con cui erano in rapporto per causa di religione fu una legge speciale suggerita da motivi parimente speciali, che la moralità pubblica assai di buon occhio avrebbe sempre veduto in vigore.

§. LIX.

Le tre leggi Furia, Voconia e Falcidia non sono state certamente ispirate dal proposito di porre una diga all'illimitato arbitrio del capo di casa, che con grave offesa *morale* a tutta la famiglia, poteva interamente privarla della sua eredità. Esse tre leggi, lo ripetiamo ancora, si prefissero l'unico scopo di assicurare all'erede scritto un emolumento, acciocchè avesse accettato l'eredità, e per tal via impedito la delazione della medesima *ab intestato* con danno delle persone verso cui il testatore avesse fatto atti di liberalità e il dono preziosissimo della libertà. Inoltre volevasi rispettata la volontà del defunto, sacra per tutti i popoli ma specialmente pe'romani; di modo che se riguardo a tutti gli altri le anzidette tre leggi hanno il carat-

tere di veri precetti, in riguardo al defunto, possono considerarsi non immeritamente, come saggio consiglio, come provvidissima regola di condotta, di cui la pratica aveva dimostrato la necessità.

Non nascondo che probabilmente la dura condizione degli *heredes sui* e *necessari*, istituiti puramente e semplicemente e non sotto la condizione potestativa *si volet*, che li rendeva eredi *volontari*, avrà mostrato per la prima la necessità di restringere l'illimitata libertà di disporre per testamento, e che l'introduzione del *beneficium abstinendi* a favore degli *heredes sui* avrà reclamato un provvedimento, che supplisse alla lacuna lasciata dalla soppressione della necessità di essere eredi.[1]

Rimarebbe però sempre vero che si sarebbe avuto riguardo a queste persone non come *parenti*, ma come *heredes sui* e perciò senza riflesso alla famiglia naturale.

§. LX.

L'ingiustizia verso la famiglia che consisteva nell'illimitata libertà di disporre per testamento

[1] Gaji Com. II. 133 141; Ulpianus, XXIII. 2 e 3; Leg. 13. D. de injus rupt. test. XXVIII, 3.

fu avvertita ben per tempo non solo in riguardo alla famiglia naturale ma eziandio alla famiglia legale o civile e prima, in riguardo a questa che a quella per la ragione che la famiglia naturale entrò assai più tardi nelle considerazioni dei legislatori romani.

Per effetto della notissima massima, *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, nonchè della regola, non potersi instituire eredi persone *incerte*, i postumi si trovavano necessariamente esclusi dalla eredità del loro padre. Ella era una grave e manifesta ingiustizia, alla quale si sarebbe potuto riparare, abrogando la massima o la regola testè ricordate. Ma l'abrogazione di quella massima, perno dell' unità di successione in diritto romano, sarebbe stata una riforma troppo radicale e contraria onninamente allo spirito di quel popolo. L'unità di successione e l'unità di rappresentanza del defunto fu principio fondamentale e nervo precipuo della forte organizzazione politica della famiglia che tenace delle tradizioni non impediva tuttavia lo acquisto e l'esercizio di grandi virtù, madri sempre di immenso progresso. Per analoga ragione dovea provarsi ripugnanza ad abrogare la regola, che non si avessero a istituire persone incerte.

§. LXI.

Che cosa era il testamento? un atto di *volontà* del testatore. Per riparare adunque all'ingiustizia della esclusione dei postumi dall'eredità intestata che non poteva coesistere con la testamentaria, e dalla testamentaria alla quale non potevano essere chiamati, perchè persone incerte, si presentava, quanto necessario altrettanto facile, il desumere il motivo e il mezzo di riparazione dalla volontà presunta del testatore medesimo. Ove questi avesse preveduto che gli sarebbe nato un postumo, avrebbe mai fatto un testamento che lo escludesse dalla sua eredità? No, perchè il postumo è suo figlio, è suo sangue innocentissimo che nulla può aver fatto per demeritare l'amore del suo genitore e per essere indegno dei diritti di famiglia. Ma perchè la eredità pervenisse al postumo, avrebbe dovuto morire intestato; perocchè nel testamento non lo avrebbe potuto chiamare alla successione. Se adunque avesse preveduto la nascita del postumo con tutta ragione è a credere, che non avrebbe fatto il testamento, sarebbe morto intestato. Dopo la nascita del postumo adunque si considerò, che in previsione di questo caso avesse

voluto morire intestato, ed ecco chiarissima la ragione per la quale si dice *ruptum* il testamento che fece.

§. LXII.

Il beneficio di questa regola, e, se così piaccia chiamarlo, di questo ripiego provvidentissimo, fu esteso per analogia ai figli nati in vita del testatore ma dopo fatto il testamento, potendosi parimente presumere che non lo avrebbe fatto, se avesse preveduto la nascita dei figli venutigli in appresso, e che non lo abbia rivocato soltanto per incuria. E parimente per analogia, per quanto più languida, fu esteso lo stesso benefizio a tutte le persone che per una causa qualunque erano divenute *heredes sui* del testatore dopo fatto il testamento e che si erano conservate tali sino alla morte del medesimo.[1]

§. LXIII.

La nuova regola rivela da sè stessa un profondo sentimento che già si aveva delle obbligazioni morali verso la famiglia, e costituisce un

[1] Non posso non segnalare a questo riguardo l' espressione tecnica, *se abstinebant*, che adopera Gajo (Gaji Com II, 224 in fine).

omaggio ai sacrosanti diritti della medesima; perocchè in tanto si rompeva il testamento e si considerava morto intestato il *paterfamilias*, in quanto i vincoli naturali del sangue o i vincoli civili della suità esigevano, che i postumi o i quasi postumi conseguissero *ab intestato* la eredità ad esclusione degli estranei istituiti eredi nel testamento, od in concorso con gli altri *heredes sui*, succedenti non in forza del testamento in cui fossero stati istituiti credi, ma *ab intestato*.

§. LXIV.

Riconosciuta iniqua la esclusione dei postumi e dei quasi postumi dalla eredità del loro padre, non poteva non riconoscersi egualmente iniqua la esclusione degli *heredes sui*, che tali erano ancora al tempo in cui fu fatto il testamento.

Ma, essendo cotesta esclusione un atto pensatamente fatto dal testatore, non si poteva impedire che producesse il suo effetto, valendosi della presunta volontà del medesimo. Però siffatta esclusione appariva, qual'era, si enormemente iniqua, che si volle una prova positiva ed irrefragabile, essere stato proposito serio e

ben pensato del testatore di *diseredare* gli *heredes sui*.

Fu quindi prescritto, che gli *heredes sui* dovessero essere espressamente diseredati, *nominatim* se fossero figli maschi, *inter caeteros* se figlie femine, o nipoti dell'uno o dell'altro sesso.[1]

Questa differenza nel modo della diseredazione si attiene al principio della *patria potestas*, più intenso verso il figlio che verso i nipoti, ed anche verso le figlie, dopochè s'incominciò a concedere una preminenza ai maschi. Siccome poi la moglie del testatore che si trovava nella *manus* di lui era equiparata ad una figlia, e la nuora in *manu filii* era equiparata ad una nipote, così anche queste dovevano essere istituite o diseredate.[2]

A sanzione di cosiffatta prescrizione fu dichiarato nullo il testamento, in cui il figlio maschio, *heres suus*, fosse stato preterito, o fosse stato diseredato *inter caeteros*, sebbene questi fosse premorto al testatore.[3]

[1] Gaji Com. II, 127 e 128 Ulpianus, XXII, 20; Inst. princ. de hered. inst. vel exhered. II, 13.

[2] Ulpianus XXII, 14 e 17; Gaji Com. II, 124.

[3] È saputo che arse controversia su questo punto fra le due scuole dei Sabiniani e dei Proculeiani. Adeo quidem ut, così Gajo (II, 123), nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius

Al contrario era mantenuto il testamento in cui fossero state preterite, ossia non fossero state istituite nè diseredate le figlie e i nipoti, le quali persone però venivano ad accrescere gli eredi istituiti, come se fossero state comprese esse stesse nella istituzione, prendendo la metà dell'eredità, se era stato istituito erede un estraneo, e la virile la figlia e la quota, che sarebbe spettata al genitore, i nipoti, se era stato istituito un *heres suus.*[1]

defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non consisterit institutio. Sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur: si vero ante mortem patris interceptas sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo jam filio impedimento; quia scilicet existimant, non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito. L'opinione dei Sabiniani prevalse ed è stata seguita da Ulpiano (XXII, 16) da Paolo (Leg. 7. D. de lib. et post. XXVIII, 7) e da Giustiniano (Inst. princ. de exhered. lib. II, 13). Tuttavia Papiniano in un caso decide che, malgrado la sottigliezza del diritto, *licet subtilitas juris refragari videtur,* se il figlio preterito si astenga dall'eredità che si è devoluta ai suoi fratelli, la volontà del testatore in riguardo ai legati e alle libertà concesse debba essere protetta per equità, *ex aequo et bono* (Leg. 17, D. de inj. rupt. irr. test. XXVIII, 3.)

[1] Qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet, alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur. Caeteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum. Praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt: si sui instituti sint in virilem, si extranei; in dimidiam (Gaji Com. II, 123 e 124). Ulpianus XXII, 14 e 17.

Nel caso poi che vi fossero stati eredi suoi ed eredi estranei, si seguiva la stessa regola, combinandola rispettivamente per ciascuno.[1]

Parimente per evitare la rottura del testamento per la sopravvenienza dei postumi o dei quasi-postumi, il testatore doveva istituirli o espressamente diseredarli.[2]

Ma la madre e l'avo materno non erano obbligati ad istituire o diseredare i loro figli e discendenti, non esistendo fra la madre e i figli, fra l'avo materno e i nipoti *ex filia* i rapporti di patria potestà, che in questo primo periodo come davano il diritto alla diseredazione; così ne prescrivevano le regole speciali. Essi potevano preterirli e cotale preterizione era pareggiata alla diseredazione paterna.[3]

§. LXV.

A questa giurisprudenza formatasi appresso al tribunale dei centumviri furono apportate non lievi modificazioni dall'Editto del Pretore.

[1] Paulus III, 4. §. 8.

[2] Vedi Gaji Com. II, 132; Ulpianus, XXII, 21 e 22; Paulus, III, 4. §. 9; Inst. §. 1, II, 13; Leg. 3. D. de injusto, rupto test.; Leg. 29 princ. e §. 12-14. D. de lib. et post. XXVIII, 2; Inst. §. 2. de exher. lib. II, 13.

[3] Leg. 13. D. de suis et legit. XXXVIII, 16.

Limitandoci a riferire le disposizioni dell'Editto che hanno un rapporto diretto ed importante col nostro soggetto, diciamo che il Pretore, nella guisa che aveva assimilato agli *heredes sui* tutte le persone alle quali concedeva la *bonorum possessio unde liberi*, siccome è stato superiormente esposto, le assimilò dipoi ai medesimi, anche per quanto concerneva la necessità della istituzione o della diseredazione espressa, dando loro altrimente la *bonorum possessio contra tabulas.*[1]

In quanto ai figli adottivi, essi dovevano essere istituiti o espressamente diseredati dal padre adottivo, sotto la potestà del quale si trovavano. Ma se dal padre adottivo fossero stati emancipati, vivente il loro padre legittimo e naturale, dovevano essere istituiti o espressamente diseredati da questo, siccome quelli emancipati direttamente da lui, altrimenti il Pretore loro accordava la *bonorum possessio contra tabulas.*

Il Pretore semplificò pure le forme del testamento anche in riguardo alla istituzione e alla diseredazione, dichiarando, che non avrebbe considerata per preterizione la istituzione sotto condizione sospensiva e casuale, se non quando

[1] Gaji Com. II, 135; Ulpianus XXII, 23; e XXVIII, 2; Inst. §. 3. de exher. lib II, 13.

questa fosse mancata, e che la diseredazione si dovesse fare *nominatim* per tutti i discendenti di sesso maschile.[1] Nel caso di preterizione non prese più in considerazione le differenze già ammesse fra i figli da una parte e le figlie e i nipoti dall'altra.[2] E finalmente manifestò la tendenza a mantenere gli effetti del testamento, privando il discendente diseredato dei suoi diritti, ove non li facesse valere in tempo opportuno,[3] negando agli eredi regolarmente diseredati ogni diritto alla successione anche nel caso che si fosse fatto luogo alla *bonorum possessio contra tabulas*,[4] e finalmente mantenendo determinate disposizioni fatte ai discendenti o agli ascendenti alla moglie e alla nuora.[5]

Importa poi di mettere in rilievo, come il Pretore colla *bonorum possessio contra tabulas* aveva fatto un passo verso la famiglia naturale. Imperocchè i figli od altri discendenti dati in adozione e non emancipati dal padre adottivo, nel mentre non erano stati assimilati agli *here-*

[1] Gaji Com. II, 129 e 135; Ulpianus XXII, 23.
[2] Inst. §. 3. de exhered. liber. II, 13.
[3] Leg. 2 D. si tabul. test. XXXVIII, 6;
[4] Leg. 10 §. 5 D. de bonor. pos. contra tabulas, XXXVII, 4.
[5] Leg. 1 princ. Leg. 5 §. 6 Leg. 7 e 8 §. 6 D. de leg. praest. XXXVII, 5; Leg. 3 e 7 D. de conjug. cum emanc. lib. XXXVII, 8.

des sui per riguardo alla *bonorum possessio Unde liberi*, e perciò non potevano promuovere la *querela inofficiosi testamenti*, se fossero stati preteriti; pur tuttavia se fossero stati istituiti e il testamento, che conteneva la loro istituzione, fosse stato impugnato da altri per preterizione, essi erano ammessi a consuccedere con gli altri *heredes sui*, come se fossero stati tali, considerandosi meritamente che il testatore, istituendoli eredi, abbia voluto assimilarli agli *heredes sui*, e che questa sua volontà dovesse essere rispettata, perchè conforme al principio della famiglia naturale.[1]

In quanto alla legislazione imperiale anteriore a Giustiniano importa solo che ricordiamo, come Marco Aurelio privasse le donne dei vantaggi che l'editto del Pretore aveva loro procurato, nel caso che non fossero state regolarmente istituite o diseredate, e le riducesse alla primitiva condizione creata loro dal diritto civile.

[1] Leg. 8 §. 11; Leg. 10 princ; Leg. 13. §. 1. D. de bon. pos. contra tabulas, XXXVII, 4; Leg. 1 §. 2 D. de ventre in poss. mit. XXXVII, 9.

§. LXVI.

Ma grandi riforme alla esposta giurisprudenza centumvirale e pretoria apportò Giustiniano. Questi, riducendo la legislazione a maggiore semplicità ed uniformità, prescrisse, che tanto i figli quanto le figlie e gli altri discendenti di linea mascolina dovessero essere istituiti eredi o diseredati *nominatim*, sia che fossero nati o nascituri, sia che fossero *sui* od emancipati: dichiarò che il testamento in cui fossero stati preteriti fosse *ipso jure eversum*, privando così dell'eredità gli eredi istituiti, come tali, e deferendola invece per legge.[1] In quanto ai figli adottivi, nulla innovò del diritto antico, nel caso che l'adozione si fosse fatta da un ascendente naturale del figlio che si adottava; ma ove l'adozione si fosse fatta da un estraneo, non impose a questo l'obbligo nè d'istituire nè di diseredare il figlio adottivo che non cadeva più sotto la potestà di lui, sibbene al padre legittimo e naturale sotto la potestà del quale rimaneva.[2]

[1] Leg. 4 C. de lib. praet. vel exered. VI. 28.
[2] Leg. 10 C. de adopt. VIII, 48.

§. LXVII.

La prescrizione d'istituire o di diseredare espressamente le anzidette persone era di forma; ma lasciava intatta al *paterfamilias* l'illimitata libertà di disporre per testamento della propria eredità, privandone del tutto la sua famiglia.

Tuttavia benchè cotale libertà non ne ricevesse limitazione che nella forma, pose nondimeno un qualche freno indiretto allo sconfinato arbitrio del *paterfamilias.* Era tradizionale ai Romani di non limitare la libertà del cittadino se non indirettamente. Da principio la volontà del capo di casa poteva manifestarsi contro la famiglia tanto *positivamente,* diseredando espressamente, quanto *negativamente,* preterendo. Ora non può più manifestarsi che *positivamente.*

Quindi cotesta restrizione di forma non è sì poca cosa, come a primo avviso può sembrare. Perocchè essa forzava il testatore ad assumersi, in maniera formale ed aperta, tutta la responsabilità morale della diseredazione, cioè della consumazione meditata di una grande ingiuria verso i figli che ha generato ed educato, come verso i discendenti che sono rampolli del suo

sangue e onore e decoro della sua casa, mostrando invece di prediligere altre persone. Sono pochi, che nel supremo momento della morte osino gittare sul lastrico la famiglia e sfidare cinicamente il severo giudizio della posterità.

§. LXVIII.

Ma, giova ripeterlo, cotale restrizione di forma aveva un significato ben più importante nell'ordine dei principî. Perocchè, non ostante gli sforzi fatti recentemente per attenuare od anche escludere questo significato, essa restrizione è uno dei primi trionfi del diritto di famiglia sull'arbitrio dell'individuo in ordine alla successione testamentaria. In effetto non può contestarsi in verun modo, che la detta restrizione ebbe origine dall'intendimento sia di evitare le conseguenze della preterizione di un figlio, creduto erroneamente morto, siccome fu il caso ricordato da Cicerone e da Valerio Massimo, sia di non ammettere la diseredazione, che appariva sempre più grave ingiuria, se non espressamente dichiarata, sia in fine di combattere la diseredazione, forzando il testatore ad assumerne manifestamente la responsabilità, come or ora notavamo.

Che anzi la diseredazione include il riconoscimento del diritto ereditario del diseredato, non potendosi privare una persona di un diritto che non sia ammesso a favore di lei; ma essendo il diritto ereditario degli *heredes sui*, che soli si hanno da istituire o diseredare, un diritto di famiglia, la diseredazione include il riconoscimento di cotesto diritto.

Ed appunto per ciò la diseredazione è sottratta, in quanto concerne la forma, all'arbitrio del testatore, che non può farla se non puramente e semplicemente e per intero; mentre al contrario la istituzione può farsi sotto condizione e per parti. La diseredazione inoltre vuole esser fatta nel testamento, come la istituzione.

§. LXIX.

Ora il diritto di famiglia, che già aveva fatto, lo vedemmo di sopra, grandi e nobili conquiste in ordine alla successione sul rigoroso diritto civile delle XII Tavole, non poteva rimanere soddisfatto di una restrizione di forma; ma doveva mirare ad una restrizione sostanziale che garantisse alla famiglia il suo diritto, sottraendolo ad ogni azione, ad ogni attentato del *paterfamilias*, che per un istante imponesse silen-

zio alla voce del suo cuore e dimenticasse i doveri imposti dai vincoli del sangue.

§. LXX.

La via che la famiglia tenne per rivendicare i suoi diritti, fu questa.

Tosto che, per l'azione benefica del tempo e di quella provvidentissima legge del progresso, per la quale ogni idea vera e buona del continuo si estende e si espande, il sentimento dell'amore di famiglia e delle obbligazioni morali verso la medesima, penetrò e mise radice nel cuore e nella coscienza di tutti; si comprese che il testatore il quale aveva diseredato un suo parente, dovesse esservi stato indotto o dalla condotta di questo, sia generalmente cattiva sia indegna verso di lui, o da suggestioni più o meno colpevoli, o da violente passioni che lo avessero spinto a violare i sacri doveri di famiglia. Nel primo caso la diseredazione non era un'ingiuria, era anzi una pena ben meritata; ma nel secondo e nel terzo era una vera e grave ingiuria. Ora ogni ingiuria deve essere riparata. Se non che, consistendo essa nella violazione di un dovere morale e non di un'obbligo giuridico, vigendo sempre la legge dell'*uti legassit*, non

poteva nascerne un'azione, con cui il parente ingiuriato potesse conseguire giudizialmente la riparazione. Convenne quindi cercare una base giuridica sulla quale fondare la necessaria azione. E fu trovata agevolmente, analizzando l'atto di diseredazione: il quale, fatto contro i più vivi sentimenti del cuore ed i più sacri doveri di famiglia e senza ragione alcuna, poteva bene assimilarsi ad un atto d'insania.

Ma il testamento, che fosse opera di una mente non sana, non poteva esser valido neppure in diritto civile, che dichiarava essere il testamento *voluntas justa sententia*. Per ragione adunque del vizio della mente, il testamento contenente un' ingiuriosa o ingiusta diseredazione poteva essere *eversum*;[1] e incominciò effettivamente ad incontrare cotesta sorte per opera dei centumveri.[2]

[1] È saputo che si è grandemente discusso, se questa trasformazione del diritto siasi compiuto da una pretesa legge Glicia, o dall'editto del Pretore o dalle costituzioni imperiali. Ma è omai divenuto incontroverso, che fu opera compiuta dalla giurisprudenza dei centumviri verso la fine della repubblica o sul principio dell'impero.

[2] Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus, vel demens testatus sit; sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. Nam si vere furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum (Leg. 2 D. de inof. test. V, 2).

Questo testamento fu detto *inofficiosum*, perchè fatto *contra officium pietatis*, e l'azione con cui se ne dimandava l'annullamento fu chiamata *querela inofficiosi testamenti*.

§. LXXI.

La *querela inofficiosi testamenti* ebbe in origine per iscopo principale la riparazione dell'onore offeso dalla diseredazione, onde fu personale e non passava agli eredi che in determinati casi: l'interesse materiale o patrimoniale, ossia il conferimento dell'eredità, non fu che uno scopo secondario.[1]

Per la natura poi del suo fondamento giuridico, fu meritamente considerato come un rimedio eccezionale da non essere impiegato se non in mancanza assoluta di ogni altro mezzo mercè del quale si potesse ottenere lo stesso scopo, e da venir meno nel giro relativamente corto di cinque anni. Fu pure prescritto, che di cotal rimedio non si potesse far uso impunemente, ove non se ne avesse plausibile ragione: poichè soccombendosi nella querela, si andava incontro alla perdita dei legati che erano stati

[1] Leg. 3, 4, 5, 8 princ. e 22 princ. D. de inof. test. V, 2.

lasciati al querelante nel testamento impugnato.[1]

Del resto, essendo, nel tempo a cui si riporta il presente nostro discorso, assai vago il sentimento delle obbligazioni morali derivanti dai vincoli di famiglia, fu naturalmente lasciato all'arbitrio dei tribunali il valutarne l'importanza. Ciò accade ogni qualvolta i doveri non definiti dalla ragione o dalla legge, si appoggiano soltanto alla forza del sentimento. Ai tribunali spettava dunque decidere non pure se l'onta della diseredazione fosse meritata, ma ben anco se l'emolumento ereditario fosse in adequata proporzione coll'intensità dei vincoli naturali tra il defunto e i parenti onorati nel testamento. Per gl'influssi del passato il giudizio del testatore si presumeva giusto, ed era a carico di chi intentava la querela il provare che fu diseredato ingiustamente.

[1] Vedi Leg. 6. §. 2; Leg. 8 princ. e §. 14 e 17; Leg. 9; 15, 22 princ. e §. 1, 2 e 3, e Leg. 30 D. de inof. test. V, 2, Leg. 2, 5 e 34. C. Com. utriusque judicii III, 38; Leg. 4. C. VI, 28; Leg. 4. C. de inof. donat. III, 29; Inst. §. 2 e 5. de inof. test. II, 18.

§. LXXII.

Ma in progresso di tempo cangiandosi il sentimento delle obbligazioni morali della famiglia, in percezione chiara ed in concetto razionale, si riconobbe, come non fosse più necessario abbandonarne la soddisfazione all'equò apprezzamento dei tribunali, e come fosse invece grandemente utile e conveniente di regolarla con norme fisse mercè della legge.

Per prima cosa adunque le obbligazioni morali, la cui violazione importasse la *querela inofficiosi*, furono misurate col criterio della intimità ed intensità dei rapporti della famiglia naturale, e non legale, col criterio della parentela naturale o dei vincoli di sangue. Fu quindi stabilito che la querela potesse sperimentarsi in primo luogo dai discendenti, tanto contro il testamento paterno quanto contro il materno, in secondo luogo dagli ascendenti contro il testamento dei figli, ed in fine dai fratelli e dalle sorelle germane e consanguinee e non uterine ove fosse loro anteposta una persona turpe, siccome più estesamente diremo in appresso a luogo più opportuno.

Fu pure stabilito, sull'esempio della legge

Falcidia, che se alle persone alle quali era conceduta la querela fosse stata lasciata una quarta parte dell'eredità, non potessero sperimentarla; considerandosi che il testatore con siffatto lascito avesse rispettato sufficientemente le obbligazioni morali che aveva verso la famiglia. Questa quarta parte dell'eredità, dovuta per legge, si chiamò *legittima*. Ondechè può stabilirsi in principio, che la *querela inofficiosi testamenti* appartiene alle persone cui non è stata lasciata la *legittima* loro dovuta per assoluto precetto di legge.

Come conseguenza della determinazione della quantità dovuta agli anzidetti parenti, ossia della legittima, fu stabilito, che ove non fosse stata lasciata intera, l'erede legittimario non potesse più concludere, nella *querela inofficiosi testamenti*, per la nullità del testamento, ma soltanto potesse chiederne il supplemento, se apparisse, esser questa la volontà del testato.

§. LXXIII.

Ma qui ritorna, con grande opportunità, l'osservazione fatta superiormente intorno alla successione intestata, che cioè entrato in tutti il sentimento delle obbligazioni morali della fami-

glia, e divenuto coscienza chiara, esso non poteva più contentarsi di avere soddisfazione dal diritto positivo col sussidio di assimilazioni e presunzioni o col ripiego di finzioni, ma doveva pretendere di essere apertamente riconosciuto ed affermato come un vero diritto, avente in sè la propria ragione di essere, senza nulla togliere ad imprestito da finzioni, da bugiarde assimilazioni, o che so io.

E come la sostanziale trasformazione del sistema successorio legittimo fu opera di Giustiniano, che formalmente riconobbe il principio della *cognatio* o parentela per sangue, qual base del medesimo, così a lui parimente si deve l'estensione od applicazione del medesimo principio alla successione testamentaria di una determinata persona; imperocchè per omaggio ad esso restrinse la illimitata libertà di disporre per testamento già consacrata solamente dalla legge delle XII Tavole. Le Novelle 18 e 115 contengono le principali disposizioni, con le quali fu compiuta questa importantissima trasformazione, disposizioni attinte in parte dall'antico diritto della istituzione e diseredazione espressa, e in parte dal posteriore diritto della *querela inofficiosi testamenti*, e fuse insieme.

§. LXXIV.

Pertanto Giustiniano accettò la determinazione già fatta delle persone aventi diritto alla legittima, in relazione all'importanza dei rapporti di parentela.

Tali persone possono distinguersi in due categorie, secondo che vi abbiano diritto in modo *assoluto* o soltanto in modo *relativo*. La prima categoria comprendeva due classi di persone, cioè i discendenti e gli ascendenti, la seconda si componeva dei fratelli e delle sorelle germane e consanguinee.

Sotto la voce di discendenti si comprendevano:

1.° I figli legittimi e legittimati, emancipati o no, ai quali era dovuta la legittima tanto dal padre, quanto dalla madre;

2.° I nipoti, in mancanza del padre o della madre loro, ai quali la legittima era dovuta dai loro rispettivi avi paterni e materni;

3.° I figli naturali, ai quali era dovuta soltanto dalla loro madre naturale;

4.° I figli adottivi, quando fossero adottati da un loro ascendente, avendo essi diritto alla legittima sulla eredità di lui;

5.° Gli arrogati, ai quali era dovuta dall'arrogatore.

Ma tanto agli adottati pienamente come agli arrogati non era dovuta dal loro padre naturale.[1]

Agli adottati meno pienamente si doveva dal padre naturale soltanto.

In fine gli adottati da una donna avevano diritto di conseguire la legittima da lei.[2]

Fra gli ascendenti, avevano diritto alla legittima solamente quelli che sarebbero succeduti *ab intestato*. E siccome non si faceva luogo a successione intestata a favore degli ascendenti che in mancanza dei discendenti; così il diritto alla legittima apparteneva loro, sol quando fossero mancati i discendenti.[3]

Finalmente ai fratelli e alle sorelle germane e consanguinee fu conferito il diritto alla legittima nel solo caso che fosse stata istituita erede una persona turpe.[4] I loro figli non ebbero diritto alla legittima, come neppure i fratelli e le sorelle uterine.[5]

[1] Inst. §. 4 de exer. lib. II, 13; §. 2 de inof. test, II, 18; Leg. 10 C. de adopt. VIII, 8.

[2] Leg. 5 C. de adopt. VIII, 48.

[3] Inst. §. 1 de inof. test. II, 18; Leg. 1, 15 princ. e Leg. 30. D. de inof. test. V, 2.

[4] Inst. §. 1 de inof. test. II, 18.

[5] Leg. 27 C. de inof. test. III, 28, Leg. 1 D. eod. V, 2.

§. LXXV.

Riconosciuto in coteste persone il diritto alla legittima in forza dei loro rapporti di parentela col defunto, lo stesso Giustiniano, come logiche conseguenze di tale riconoscimento, ordinò in primo luogo, che la legittima si dovesse lasciare a titolo d'istituzione di erede. Con siffatta istituzione il testatore riconosceva nel parente, a cui la doveva, il diritto successorio, che per legge, in base ai rapporti naturali morali e legali di famiglia, gli apparteneva. Ma lasciata la legittima a titolo d'istituzione, il testamento non poteva più da questo lato impugnarsi, per quanto la fosse inferiore alla quantità fissata dalla legge. In tal caso l'erede legittimario non aveva che un' *actio expletoria* per conseguirne il supplemento,[1] sotto l'obbligo d'im-

[1] È notissima la quistione, se l'*actio expletoria* fosse esercibile nel caso che il testatore avesse chiamato ingrato l'erede legittimario, e l'erede istituito avesse provato che questi si meritò cotale accusa. La soluzione dipende dal sapere, se la Novella 115 abbia abrogato la costituzione 30 C. de inof. test. (III, 28) in cui appunto era denegata la suddetta azione. Attenendosi al principio che le leggi generali non derogano alle particolari, converrebbe decidere che questa costituzione abbia continuato ad aver vigore. Ma l'incessante riforma della legislazione che Giustiniano faceva, permetterà di applicare puramente e semplicemente siffatto prin-

putare nella legittima medesima le anticipazioni fattegli i legati, le donazioni *mortis causa* e, in generale tutto ciò che aveva ricevuto per atto di ultima volontà dal testatore, salvo che non apparisse chiaro, che ciò non era nelle intenzioni di lui. Da ultimo, ne' congrui casi, dovevano imputarsi la dote data dal padre alle figlie benchè avesse l'obbligo di dotare, le donazioni *propter numptias* e la *militia*.[1]

§. LXXVI.

In secondo luogo il medesimo Imperatore ordinò, che la discredazione dovesse essere formalmente giustificata dal testatore con una delle cause che egli medesimo determinò ed enumerò. Essenzialmente coteste cause sono fatti di sì rea natura da ferire gravemente il sentimento morale dell'amore, che è il nodo santo e soave della famiglia. È da ritenere, che chi commise azioni di tal sorta abbia volontariamente disconosciuto i doveri della cognazione e rotto quel

cipio? Di più: la ragione umanitaria animatrice di tutta la Novella 115, non pugna per avventura colla massima rigorosa sancita dalla Costit. 30?

[1] Vedi Leg. 8 §. 6 e 25 princ. D. de inof. test. V, 2; Leg. 25, 29, 30, 35 e 36 C. de inof. test. III, 28; Leg. 20 e 21 C. de collat. VI. 20.

nodo, che avvincevalo e rendevalo caro al testatore. Egli stesso pertanto fe venir meno la ragione precipua, su cui Giustiniano fondò le sue pietose disposizioni. Il diritto alla legittima dunque è perduto, la diseredazione è meritata; perocchè i vincoli naturali del sangue, sussistenti nella loro parte materiale, non possono essere ricordati, in ciò che attengono al morale, se non per la grave offesa ricevuta.[1]

[1] Le cause per le quali i genitori potevano diseredare o preterire i figli sono quattordici, cioè:

1.° Se i figli si rendono colpevoli di vie di fatto verso i genitori;

2.° Se li ingiuriano gravemente;

3.° Se li accusano di un delitto, che non sia diretto contro lo Stato o il Principe;

4.° Se frequentano avvelenatori, associandosi alle loro opere, *ut veneficus.*

5.° Se attentano alla vita dei genitori in qualunque modo;

6.° Se il figlio ha commercio carnale con la matrigna, o con la concubina del padre;

7.° Se il figlio accusa falsamente i suoi genitori, e cagiona loro per tal modo un grave danno patrimoniale;

8.° Se il figlio non ha voluto prestare mallevadoria, e pagare pel padre, al fine di liberarlo dalla carcere;

9.° Se il figlio ha impedito, che suo padre testasse o modificasse il testamento già fatto;

10.° Se il figlio si arruola contro il divieto dei genitori in una compagnia di mimi, d'istrioni, di gladiatori, e segnita a farne parte, non ostante le dissuasioni paterne;

11.° Se la figlia o la nipote, che aveva occasione di contrarre un onesto matrimonio, ed alla quale il padre aveva offerto collocazione e dote, ha preferito condurre vita lussuriosa;

Di qua appare il perchè non fosse lecito di fondare la diseredazione sopra altri motivi, per quanto simili a quelli enumerati da Giustiniano. Ma ben si potea fare una diseredazione con buona intenzione, *bona mente*, quando si fosse avuto giusto motivo di temere, che l'eredità corresse pericolo di essere dissipata,[1] o l'erede necessario non fosse sicuro da insidie.

12.° Se i figli non presero cura dei loro genitori affetti da demenza;

13.° Se non riscattarono i loro genitori dalla schiavitù;

14.° Se i figli di genitori ortodossi si fecero eretici.

Le cause poi, per le quali i figli potevano diseredare o preterire i genitori, erano otto soltanto (essendo minori gli obblighi de' genitori verso i figli che gli obblighi de' figli verso i genitori), cioè:

1.° Se il padre o la madre accusarono il figlio di un delitto capitale, purchè non sia diretto contro la sicurezza dello Stato o contro il principe;

2.° Se i genitori attentarono alla vita dei figli;

3.° Se il padre ebbe commercio con la concubina o con la moglie del figlio;

4.° Se i genitori impedirono ai loro figli di testare dei beni, dei quali la legge li autorizzava a disporre per testamento;

5.° Se il padre abbia propinato il veleno alla madre, o viceversa questa a quello, od in altra guisa abbia l'uno attentato alla vita dell'altro genitore;

6.° Se i genitori non abbiano preso cura dei figli alienati di mente;

7.° Se i genitori non hanno tentato di liberare i figli dalla schiavitù;

8.° Se i genitori di un figlio ortodosso si fossero fatti eretici.

[1] Vedi Leg. 3. §. D. de usuris XXII, 1; Leg. 16 §. 2. D. curat. fur. XXVII, 16; Leg. 18 D. de lib. et post. XXVIII, 2.

Conviene però aver presente, che in tanto uno de' sopranominati parenti aveva diritto alla legittima, in quanto sarebbe potuto succedere *ab intestato*. Quindi, se fosse divenuto indegno, non avrebbe potuto reclamare contro la diseredazione o contro la preterizione. In altri termini i motivi della diseredazione debbono essere combinati o messi in relazione con le cause d'indegnità.

Era salvo per il diseredato il diritto d'impugnare il motivo addotto dal testatore, e a peso degli eredi istituiti stava il carico di provarne la realtà,[1] nel mentre che in passato era imposta al diseredato la prova della ingiustizia sofferta della diseredazione.

§. LXXVII.

In fine, conosciuto che la quantità *fissa* di un quarto della eredità male corrispondeva alla intensità *varia* dei rapporti di sangue e al numero parimente *vario* delle persone da legittimarsi proporzionò i diritti alla legittima. Giustiniano colla estensione delle obbligazioni derivanti da quei rapporti e col numero dei legittimari. Quindi

[1] Nov. 115 cap. 3 e 5.

le restrizioni apportate alla libertà illimitata di testare furono misurate alla stessa stregua. A tale effetto provvedendo primieramente ai figli, e discendenti fissò la legittima in un terzo, se il testatore lasciava da uno a quattro figli, e nella metà, se ne lasciava più di quattro.[1] Se i discendenti avessero avuto diritto di succedere *ab intestato*, per diritto di rappresentazione, essi erano contati per quell'uno che rappresentavano.

Sembra poi, che anco gli altri eredi legittimari siano stati chiamati a godere di cotesto aumento di legittima, essendo scritto in fine del capo I della citata Novella, che le anzidette disposizioni debbano applicarsi a tutte le persone, alle quali prima spettava la quarta. « *Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.*

[1] Nov. 18. cap. 1. Questa disposizione, equa in principio, talvolta falliva nel suo scopo, potendo avvenire che ciascuno degli eredi legittimari prendesse più, quando erano in maggior numero. Difatti se il testatore lasci quattro figli e un patrimonio di dodici mila lire, ciascuno prenderà mille lire di legittima, mentre se ne lasci cinque, prenderà ciascuno mille e duecento lire.

§. LXXVIII.

Resterebbe ora a precisare la sanzione con cui Giustiniano garantì l'osservanza di tutte le regole che costituiscono il diritto della legittima. Ma fra gl'interpreti del diritto si è sempre disputato e si disputa ancora intorno a questo punto. Per il nostro officio quindi non possiamo che esporre storicamente i risultati più soddisfacenti di coteste dispute.

Sembra che Giustiniano abbia stabilito delle regole nuove, desumendone però gli elementi dai due istituti della istituzione o diseredazione espressa e della *querela inofficiosi testamenti*. In fatti abbiamo veduto da una parte, che la giurisprudenza centumvirale, per causa di preterizione, annullava o modificava, secondo i casi, il testamento, e che il Pretore tendeva a mantenerlo, restringendone però gli effetti per procurare al preterito la sua porzione; e dall'altra parte si è pure osservato che la nullità del testamento inoffieioso non era assoluta; avvegnachè doveva essere dimandata dall'erede il quale credesse aver motivi per muovere querela contro il medesimo, all'effetto di conseguire la sua quota ereditaria: di più, non *sempre*

rimanevano totalmente annullate le disposizioni a titolo particolare. Or bene Giustiniano, continuando a considerare, per influenza delle antiche idee, la diseredazione come un ingiuria che doveva essere riparata, stabilì in principio, che l'infrazione delle regole sul diritto di legittima privasse di effetto il testamento limitatamente alla istituzione di erede, nella quale veramente la ingiuria consisteva, rimanendo invece valide le disposizioni a titolo particolare.[1] Questa nuova azione è stata chiamata *querela nullitatis ex jure novo et hereditatis petitio qualificata.*

Ma è facile riconoscere che, ove Giustiniano si fosse attenuto ai nuovi principi da esso medesimo professati, avrebbe dovuto limitarsi a garantire all'erede legittimario il conseguimento della intera legittima e nulla più, giusta la natura delle cose e l'intenzione presunta nel testatore. Per tal guisa sarebbe stato coerente a quanto egli stesso dispose pel caso che la legittima fosse stata bensì lasciata, ma non per intero. Se non che è da presumere che sull'animo dell'Imperatore agissero le reminiscenze del diritto classico e un complesso

[1] Nov. 115 cap. III, §. 14 in fin.; cap. IV, §. 9.

di considerazioni morali, nelle quali i limiti del nostro lavoro ci vietano di entrare.

Che se in generale v'ha accordo a riconoscere, che la Novella 115 non ha modificato la condizione dei fratelli e delle sorelle, per i quali, dopo la suddetta Novella, rimase l'antica *querela inofficiosi testamenti*, riappaiono le discordanze, quando si tratta di precisare la natura e l'estensione dei diritti loro garantiti. Sembra secondo alcuni più probabile che cotesti diritti avessero per oggetto la riduzione delle liberalità, fatte alla persona turpe, sino alla concorrenza delle quote ereditarie che sarebbero appartenute ai querelanti, giusta i principî generali. Ma è quistionabile altresì, se ai fratelli e alle sorelle fosse mai assegnata una porzione determinata, appunto perchè il loro diritto era soltanto relativo.

§. LXXIX.

In tutto ciò che abbiamo detto finora intorno alla legittima, l'abbiamo considerata in modo generale ed in relazione al testamento.

Siccome però poteva attentarsi alla medesima non solo con le disposizioni di ultima volontà, ma eziandio con atti gratuiti *inter vivos*, così lo

stesso diritto di disporre *inter vivos* fu limitato da restrizioni analoghe a quelle, con cui era stata limitata la libertà di testare. E quindi ove la persona che doveva la legittima, avesse disposto con atti di liberalità, donazioni, dotazioni od altro si largamente del suo patrimonio da rimanerne intaccata la porzione che doveva costituir legittima, il legittimario poteva ottenere con la *querela inofficiosae donationis* o *inofficiosae dotis*, che le donazioni e le doti, le liberalità in genere fossero annullate o ridotte, cominciando dalle più recenti.[1]

§. LXXX.

Le regole esposte sulla legittima soffrivano alcune eccezioni. Perocchè primieramente esse non erano rigorosamente applicabili nè ai militari, nè alle disposizioni aventi per oggetto il peculio castrense o quasi-castrense. Ed in secondo luogo non impedivano che potesse farsi la diseredazione nell'interesse del diseredato o della sua famiglia; la quale diseredazione perciò chiamavasi *exheredatio bona mente facta*, siccome superiormente abbiamo accennato.

[1] Leg. 1 e 9. C. de inof. don. III, 29; Leg. 87 §. 3. D. de legat. 2.°; Leg. 2. C. de mort. causa donat. VIII, 57; Leg. unic. C. de inof. dot. VI, 30.

§. LXXXI.

V'hanno alcuni altri diritti più o meno analoghi ai diritti di legittima appartenenti ai discendenti, agli ascendenti, ai fratelli e alle sorelle. Noi ricorderemo solo il diritto della moglie povera e non divorziata di conseguire, secondo i casi, la virile o la quarta parte della credità del marito predefunto. Questa porzione, come fu accennato superiormente, le apparteneva non solo, se il marito fosse morto intestato, ma eziandio quando avesse fatto testamento.

§. LXXXII.

Da ciò che abbiamo esposto, per quanto brevemente, sulla legittima, appare la ragione del principio enunciato sin dall'esordio di questo discorso, che cioè la *legittima* fu ed è il vincolo dell'armonica coesistenza della successione testamentaria, opera dell'arbitrio individuale, e della successione intestata o legittima, diritto della famiglia consacrato dalla legge. Quella parte di patrimonio, che la legge destina alla legittima, è colpita d'indisponibilità, e in omaggio ai vin-

coli del sangue e ai diritti di famiglia è dovuta a determinati parenti, i quali in caso di eredità testata trovano in essa la misura dei loro diritti successori. L'altra parte disponibile è concessa all'arbitrio dell'individuo; il quale n'è arbitrio assoluto: onde può a suo talento disporne sia per atto tra vivi che di ultima volontà a favore di ogni estraneo, solo che sia capace di ricevere per donazione o per testamento.

Non solo non distrugge, ma conferma eziandio cotesto principio l'obbligo imposto ad ogni testatore di lasciare a titolo d'istituzione la legittima, d'istituire erede il legittimario. Imperocchè il lascito della legittima non è atto spontaneo, di libero arbitrio, ma atto imposto dalla legge, la quale in ossequio ai rapporti di parentela vuole che il legittimario abbia una parte di eredità, anche nella successione testata; quel legittimario che senza il testamento conseguirebbe, per suo volere, tutto l'emolumento ereditario. Inoltre la istituzione in erede del legittimario non è già la fonte del diritto alla legittima, sibbene una formalità imposta al testatore in attestato del sentimento di amore, in ricognizione dei rapporti del sangue, in virtù delle obbligazioni di lui verso la famiglia, in conseguenza dei diritti di questa verso

di lui. Mi affretto però ad aggiungere, che questa formalità era pure un'esigenza del principio dell'unità di successione, pel quale, *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

Ma quest'ultima ragione, che rese necessario *l'honorabilis titulus institutionis*, conserva e fa più spiccata nella legittima la prerogativa di nesso o di vincolo di congiunzione tra le due maniere di successione.

Resta quindi fermo che in diritto romano la legittima era dovuta nella successione testamentaria ma per causa legittima.

Vedremo in seguito come, rotto il principio dell'unità di successione, la legittima fu puramente e semplicemente una successione intestata in concorso con la successione testamentaria.

§. LXXXIII.

Trascorsa, per quanto rapidamente, la storia della successione legittima nel regno, nella repubblica e nell'impero di Roma, ci si para davanti la storia della medesima successione nel medio evo; che, almeno pel nostro soggetto, si apre con le invasioni dei popoli compresi

sotto la generica denominazione di *Germani*, e si chiude con l'anno 1789.

Per quanto ci riguarda, il medio evo va diviso in tre periodi, cioè:

1.° Del diritto personale;

2.° Del diritto feudale;

3.° Del diritto statutario.

§. LXXXIV.

I Germani, nel conquistare le provincie dell'impero romano e nello stabilirvisi, lasciarono ai vinti il loro diritto, e conservarono per sè il proprio. Cessò quindi il diritto di essere *territoriale* e divenne invece *personale*. Il Germano e il Romano, domiciliati in un medesimo territorio e sudditi di una sola e medesima sovranità, non furono soggetti ad un solo e medesimo diritto, come avrebbero dimandato l'unità di territorio e di autorità suprema, ma a due distinti diritti, in ragione della loro qualità, della loro origine; i Germani cioè al diritto germanico, i Romani al diritto romano.

Ma cotesto dualismo del diritto, se soddisfaceva convenientemente ai bisogni del presente, era in sè stesso un provvedimento meramente provvisorio; e la natura medesima delle cose

doveva richiamare in vita il principio della *territorialità* e ricondurre il diritto all'unità, fondendo in uno i due diritti, nelle parti che corrispondevano ai bisogni della società, e lasciando perire le altre. Il mezzo fu uno dei più violenti ed esagerati che registri la storia dell'umanità, fu quella spaventosa istituzione della *feudalità*.

Ma alla feudalità che il popolo con possente reazione distrusse, sopravvisse purificato il principio della *territorialità;* e il popolo medesimo, ricostituitosi in novella vita comunale, conservò del diritto, risultato dalla combinazione degli elementi germani co' romani, quanto si adattava alla sua indole politico-civile e poteva essere coordinato ai fini della novella costituzione che si era dato.

Importa quindi che portiamo il nostro esame sul diritto germanico, uno dei fattori del diritto che resse la società nel medio evo, ed informa qualche parte del nostro diritto.

Ma conviene che premettiamo questa osservazione; il puro diritto germanico non potersi desumere dalle leggi scritte, compilate dopo che i Germani avevano preso stanza nelle provincie dell'impero romano; perocchè in esse ai principi di diritto germanico vanno commisti, quando più, quando meno, principi di diritto

romano, eccetto la legge Salica, nella quale non appaiono principi romani.

Laonde crediamo conveniente di toccare alcuni cenni generali prima di scendere alla esposizione delle singole leggi germaniche.

§. LXXXV.

L'indole dei Germani era bellicosa, e la loro organizzazione sociale era intesa alla guerra.

Tutti gli uomini liberi nascevano eguali e guerrieri, e, tosto che avessero raggiunto l'età legale, entravano nell'armata e nell'assemblea della rispettiva tribù. Ma l'eguaglianza dei diritti non escludeva la gerarchia graduale.

§. LXXXVI.

L'indole e l'organizzazione bellicosa delle tribù determinavano necessariamente l'organizzazione della famiglia, la quale doveva essere un'unione garante della pace e al tempo stesso una società armigera.[1]

Quindi la potestà del capo di famiglia non poteva essere un potere assoluto, quale la *pa-*

[1] Passo sotto silenzio la *fara*, istituto contrattuale modellato sulla famiglia che disparve o si alterò rapidamente.

tria potestas del *paterfamilias* romano, davanti al quale spariva quasi l'individuo che le era soggetto. Era invece un ufficio piuttosto che un diritto, era il *mundium*, officio di difesa (come l'indica la parola stessa)[1] inteso a proteggere la debolezza della prima età, ed a mantenere l'armonia fra i membri della famiglia, viventi in comune. La famiglia germanica non pertanto è stata anch'essa il teatro di atti quasi feroci consumati sui figli da' loro padri; ma essi non furono atti che costituissero l'esercizio di un diritto riconosciuto, si bene atti di abuso tollerato in grazia della forza materiale che aveva immenso valore nella società germanica: oppure furono atti di domestica giustizia contro colui che avesse offeso od ucciso altri membri della famiglia.

Nel mentre adunque nel diritto romano la *patria potestas* era un potere conceduto al *paterfamilias* per suo vantaggio, nel diritto germanico il *mundium* era un ufficio stabilito nello interesse dei figli: quella assorbiva quasi tutti i diritti individuali del figlio, questo glieli lasciava intatti.

Tuttavia sotto certi riguardi il *mundium* pa-

[1] *Mundium* è tradotto con i vocaboli *munitio*, *tuitio*, *defensio*.

terno era un potere assoluto e feroce. Così da un canto il padre poteva rifiutare la sua prole, non appena nata e privarla della sua protezione; così pure poteva attentare ai giorni delle sue figlie, e maritarle a chi più gli gradiva; dall'altro canto entrava in comunione col figlio su tutto ciò che questi acquistava, finchè era mantenuto dal padre.

§. LXXXVII.

Dalla natura e dallo scopo che il *mundium* aveva, ben differenti da quelli della *patria potestas*, risultava questa rilevantissima differenza, che, mentre nel diritto romano la *patria potestas* non cessava che con la morte del *paterfamilias* o con la distrazione volontaria che questi ne facesse, e il figlio non riusciva a liberarsene per virtù propria, tranne pochissimi casi, e giammai per benefizio dell'età, per quanto tarda; nel diritto germanico al contrario il *mundium* cessava, col giungere il figlio alla maggiore età, fissata variamente a dodici o a diciotto anni, quando veniva meno in lui il bisogno di protezione ed egli esciva dalla famiglia per entrare nell'armata e nell'assemblea della sua tribù.

Che anzi era in facoltà di ogni membro della famiglia di rompere i rapporti con questa, facendo per tal guisa prevalere le ragioni proprie dell'individuo alle ragioni della famiglia. Si è questa la più notevole manifestazione del sentimento della indipendenza individuale, elevato al più alto grado nella famiglia germanica.[1]

§. LXXXVIII.

Ma il *mundium* era perpetuo anche nel diritto germanico sulla donna; perocchè questa maritandosi passava dal *mundium* del padre a quello del marito, e rimanendo vedova, ricadeva nel *mundium* de' parenti suoi o di quelli del marito.

Questa specie di tutela perpetua era d'altronde naturale in una società, che aveva per iscopo la guerra, non potendovisi la donna considerare, se non come bisognosa di continua ed assidua protezione.

[1] Si quis de *parentilla tollere se voluerit*, in mallo ante Tunginum aut Centenarium ambulet; et ibi quatuor fustes alninos super caput suum frangat; et illas quatuor partes in mallo jactare debet, et ibi dicere ut et *de juramento*, et *de hereditate* et *de tota illorum se ratione* tollet (Lex Salica Tit. LXIII).

Inoltre, siccome la donna era acquistata da suo marito, così il *mundium* di questo sapeva alquanto del diritto di proprietà.[1]

§. LXXXIX.

Il principio della protezione e della difesa, come informava il *mundium*, determinava pure la natura dei rapporti di parentela. Il padre proteggeva e difendeva il figlio minorenne e la figlia; il marito proteggeva la moglie: gli altri parenti si dovevano reciproca protezione e difesa.

Cotesto reciproco dovere e diritto di protezione e difesa fu detta *solidarietà dei parenti*.

Come adunque il *mundium* era vincolo di famiglia fra il padre e i figli minorenni, tra il padre e le figlie di qualunque età, non maritate, fra il marito e la moglie; così la *solidarietà* era vincolo di famiglia fra tutti gli altri parenti. Che anzi i rapporti di parentela andavano confusi siffattamente con quelli della solidarietà, che, rinunziando al complesso dei doveri e dei diritti

[1] L' acquisto della moglie apparisce in tutta la sua crudezza persino nella legge dei Sassoni compilata sotto Carlomagno verso l' anno 804; *Uxorem ducturus, trecentos solidos det parentibus ejus* (Vetus lex Saxonum, Tit. VI de conjugiis)

derivanti dall'associazione solidaria, si avevano per spezzati i vincoli del sangue.[1]

La solidarietà familiare non era limitata al padre e ai figli, ma si estendeva a tutti i parenti tanto della linea paterna quanto della linea materna.

§. XC.

In forza della solidarietà l'ingiuria fatta o patita da uno dei parenti si considerava come fatta o patita da tutti.[2]

La solidarietà della famiglia germanica violava così il principio, che *le colpe sono personali*, faceva del crimine un caso di guerra, alla giustizia sostituendo le vendette, le organizzava coll'opera collettiva dei parenti e fomentava e perpetuava le guerre private; ma di mezzo a questi vizi morali e sociali, essa ebbe la virtù di formare e sviluppare per la nuova società civile lo spirito di famiglia e il sentimento dell'onore collettivo.

[1] Vedi Lex Salic. Tit. LXIII riferito nella pag. 157, not. 1.

[2] Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est (Tacitus de mor. Germ. XXI).

§. XCI.

La solidarietà creava, in ordine ai beni, una comunanza di diritti e d'interessi fra i parenti ai quali si estendeva.

Le principali manifestazioni di questa comunanza erano tre, cioè:

1.° La divisione delle composizioni;

2.° La comproprietà dei beni nella famiglia non pur fra i parenti della linea diretta, quanto ancora della linea collaterale;

3.° Il concorso dei parenti all' alienazione dei beni della famiglia.

È tra le cose più conosciute, che per evitare la dispersione delle famiglie e la distruzione delle tribù; effetti inevitabili della vendetta di famiglia *(faida)*, spinta alle sue ultime conseguenze furono introdotte le *composizioni* o trattati di pace fra le famiglie nemiche. Si conchiudevano esse composizioni, pagandosi un prezzo *(wergeld, wergeldum, guidrigildo)* dalla famiglia, alla quale apparteneva l'offensore, alla famiglia di cui era membro l'offeso.

Il prezzo della *composizione*, il *guidrigildo* ripeterò ancora, era in generale dovuto da tutti e a tutti i parenti stretti dalla *solida-*

rietà.[1] Però il diritto alla compartecipazione del guidrigildo era in generale ben distinto dal diritto di successione.

§. XCII.

Ma la solidarietà, come rendeva tutti i parenti risponsabili del fatto di uno di essi, così creava fra loro la comunione della proprietà dei beni della famiglia; che erano il fondo o il capitale comune per soddisfare il prezzo di eventuali composizioni. I beni ricevuti dagli antenati appartenevano alla famiglia, eccettuati i mobili per la difficoltà di accertarne la provenienza per la facilità di trasmetterli ad altri ed anche per la tenuità del loro valore specialmente in que' tempi onde erano lasciati alla libera disposizione del capo della famiglia.

E conseguenza naturale e spontanea di cotale comunione era il diritto dei singoli parenti di concorrere col loro consenso agli atti di alienazione de' beni medesimi, e d' impedirli ove lo avessero creduto conveniente ed utile.

[1] Recepit satisfactionem universa domus, scrisse Tacito (de mor. Germ. XXI); e gli fa eco la legge Salica ove dispone, che — si alicujus pater occisus fuerit, medialem compositionis filii colligant, et aliam medialem parentes qui proximiores fuerint, tam de paterna quam de materna generatione, dividant (Leg. Sal. LXV).

Ciò dimostra l'origine e la ragione della complessità nel sistema germanico del diritto di disporre e di succedere, giusta la diversa natura e provenienza dei beni. Così le limitazioni imposte al diritto di disporre dei beni immobili erano meritamente più rigorose rispetto ai fondi provenienti da uno dei membri dell'associazione solidaria, di quello che fossero relativamente ai fondi acquistati; i beni mobili, lo dicevamo testè, erano lasciati alla libera disposizione del capo della famiglia. Così ancora, ove si potesse dire che i Germani conobbero il testamento, le limitazioni apportate, al diritto di disporre dei beni, erano minori negli atti di disposizione *inter vivos:* perocchè meno direttamente degli atti di ultima volontà mettevano in opposizione l'interesse dell'associazione solidaria con quello dell'individuo. Ma tutto concorre a dare autorità alla testimonianza di Tacito, che il testamento fu da principio ignoto ai Germani, e che non l'appresero se non dai Romani.

§. XCIII.

Per ciò poi che riguarda direttamente il nostro tema, quale la successione legittima, il dovere della famiglia, come associazione soli-

daria, n'era il criterio determinante, siccome quello che era stato il generatore della comunanza dei diritti reali sui beni.

Quindi i soli maschi succedevano, perocchè essi soli potevano adempire al dovere della *faida*, e, per ragione di questa, essi soli dovevano e potevano partecipare attivamente o passivamente alla composizione.

Quindi pure la delazione della successione era variamente regolata, secondochè si fosse trattato di beni mobili od immobili, di beni trovati nella famiglia o di beni acquistati, e in fine di provenienza paterna o materna.

§. XCIV.

Da queste generalità discendendo all'esame delle leggi che ressero le tribù germaniche le quali ebbero perpetua o almeno lunga stanza nelle provincie dell'impero,[1] ci si presenta per prima la famosa legge *Salica* che governò i *Franco salici*.[2]

[1] Gli Unni, i Vandali ed altre barbare orde passarono come turbini, tutto devastando, ma nulla innovando.

[2] La legge salica, secondo la più probabile opinione, fu scritta primamente in lingua latina e promulgata da Clodoveo prima della sua conversione, nello spazio di tempo compreso cioè fra gli anni

Per ciò che ci riguarda, la legge Salica riconosceva tre classi di eredi, cioè i discendenti, gli ascendenti ed i collaterali. Le femine non erano ammesse nella successione delle terre saliche. Ma in ordine alle altre terre e ai beni mobili, le femine succedevano in concorso co' maschi.[1]

La successione si deferiva nel primo ordine

481 e 496. Dopo la sua conversione, cioè dall'anno 497 al 511 in cui morì ed anche posteriormente, fu accresciuta di alcuni titoli. Carlomagno ne ordinò la revisione, nel 768; e la legge salica riveduta fu detta *lex salica emendata*. Essa contiene sessantacinque titoli (che divennero sessantotto per essere stati distinti in quattro i due titoli VII e XIV) della legge primitiva, che fu detta *pactus antiquior*, e tre titoli nuovi. Non teniamo conto delle modificazioni posteriori estranee ai principî germanici.

[1] Ciò risulta dal raffronto del testo della legge salica primitiva co' testi della medesima legge riveduta, corretta ed ampliata. Il primo testo nel Tit. LIX dice:

I. Si quis mortuus fuerit et filios non dimiserit, si mater sua superfuerit, ipsa in hereditatem succedat;

II. Si mater non fuerit, et fratrem aut sororem dimiserit, ipsi in hereditatem succedant;

III. Tunc si ipsi non fuerint, soror matris in hereditatem succedat;

IV. Et inde de illis generationibus, quicumque proximior fuerit, ille in hereditatem succedat;

V. *De terra* vero *nulla* ad mulierem hereditas non pertinebit, sed ad virilem sexum qui fratres fuerint *tota* terra pertineat. — Il secondo testo di quest'ultimo §. presenta una variante affatto insignificante. Ma il terzo testo aggiunge:

VI. De *terra* vero *salica* ad mulierem nulla pertinet portio, sed qui fratres fuerunt, et ad virile sexum tota terra pertineat. Questa disposizione aggiunta limita quella del §. 5.

ai discendenti, nel secondo agli ascendenti e nel terzo ai collaterali.[1]

Non era concesso verun diritto successorio ai figli naturali, od almeno agli incestuosi.[2]

Da ciò risulta, che l'esclusione delle femine in ordine alla successione delle terre, per la legge salica, non mirava al favore della masculinità e dell'agnazione; avvegnachè altrimenti sarebbero state escluse eziandio dalla successione degli altri beni. La ragione della esclusione delle femine dalla successione nelle terre saliche è economica per coloro che ritengono, fosse terra salica la casa di abitazione e il piccolo podere che la circondava; perocchè secondo essi, destinate le donne a passare per matrimonio in un'altra famiglia, i soli maschi rimanevano nella terra salica. Per coloro poi che reputano, fosse terra salica quella conceduta ai Franco-salici con l'obbligo di difendere l'impero contro le nuove tribù invadenti, la ragione della esclusione delle femine era riposta nell'obbligo medesimo della difesa, che non poteva essere soddisfatto che dai maschi.

[1] Testi cit. nella not. preced.

[2] Leg. salica tit. IV, §. 16. È però saputo che questa disposizione non si trova in tutti i manoscritti e che perciò si è sospettato, che sia stata desunta dal diritto canonico e interpolata nella legge salica.

Il diritto di rappresentazione non era ammesso neppure a favore dei discendenti del figlio premorto.

§. XCV.

La legge salica non menziona il testamento. Esso non s'incontra che più tardi, introdotto nelle costumanze de' Franchi dall' influenza del diritto romano. Lo si deduce dalla natura delle limitazioni imposte alla libertà di disporre: poichè si veggono evidentemente desunte dal diritto romano e adattate allo spirito generale del giure germanico. Fra coteste limitazioni ricordiamo il divieto fatto agli ecclesiastici di ricevere qualunque cosa da persona, che, morendo, lasci figli od altri intimi parenti.[1]

§. XCVI.

Ma v'era *l'afatomia* (tradizione, traslazione di proprietà),[2] atto solennissimo, con cui ciascuno

[1] Statutum est ut nullus quilibet ecclesiasticus ab his personis res deinceps accipere praesumat, quorum liberi aut propinqui hac inconsulta oblatione possint rerum propriarum exheredari (Capitolare dell'anno 816 cap. 7.)

[2] Il Capitolare III del 819 cap, 10 spiega il vocabolo *afatomia* con queste parole: dixerunt quod esset traditio.

in vita sua poteva, a titolo gratuito, trasmettere la totalità o una parte del suo patrimonio a persone, che non sarebbero chiamate dalla legge a raccoglierlo per la morte di lui.[1] Il donatario si aveva per erede del donante. Sembra per altro, che la disposizione di tutto o di parte del patrimonio per *afatomia* non fosse permessa, se non in mancanza degli eredi o almeno dei discendenti, eccetto che questi vi avessero consentito, siccome quelli che erano considerati condomini, e come tali investiti del diritto di ereditarlo in base alla costituzione solidaria della famiglia.

Sembra pure, che l'*afatomia* valesse a produrre, in ordine alla trasmissione dei beni, certi effetti analoghi all'adozione del diritto romano, che era conosciuta, almeno sotto questo nome, ai Germani.

§. XCVII.

Dopo la legge Salica viene la legge *Ripuaria* o de' Franco-Ripuari.

La legge Ripuaria non differisce che lievemente dalla legge Salica; non già perchè sia

[1] Vedi Lex Salica emend. Tit. 48 *De afatomiae.*

stata tratta da questa, sibbene perchè le due tribù de' Franco-Salici e de' Franco-Ripuari avevano la stessa origine e quindi i legami di fratellanza. Per altro la legge Ripuaria, compilata quasi due secoli più tardi, racchiude non poche e sensibili tracce dell' influenza che avevano esercitato sui Franco-Ripuari la civiltà romana, soppravvissuta all'impero e il cristianesimo.

La successione legittima della legge Ripuaria cammina sostanzialmente sulle medesime orme della legge Salica. Deve però avvertirsi, che le femine avevano un trattamento meno ineguale nella legge Ripuaria che nella Salica; perocchè le figlie erano sì escluse dalla eredità avita *(hereditas aviatica)*, e per eredità avita s'intendevano i beni *allodiali* che in un alle terre saliche il padre aveva ricevuto da' suoi antenati, ma la loro esclusione aveva luogo soltanto a favore dei fratelli e non dei parenti maschi in generale.[1] Inoltre mentre la legge Salica chiamava a succedere i collaterali sino al sesto grado, la Ripuaria limitò la loro vocazione al quinto grado.[2]

[1] Lex Ripuar. Tit. LVI.

[2] V'ha chi pensa che la diversità di vocazione in riguardo ai gradi sia apparente e non reale, dipendente cioè dal diverso modo di contare i gradi.

Conviene poi ricordare, che si era introdotta un'altra specie di beni, i *Benefici*, beni fondi conceduti dai re merovingi ai loro fedeli, sia per ricompensa di meriti, sia per imporre il peso del servizio militare. In essi Benefizi, se erano ereditari, non potevano succedere che i maschi.

§. XCVIII.

La legge Ripuaria non contiene disposizioni sull'*afatomia* solenne della legge Salica: ma essa prescriveva formalmente, che la donazione non potesse farsi se non in mancanza di discendenti e di altri prossimi parenti, rimanendo così garantito il loro diritto successorio, quasi come il diritto alla legittima nel gius romano.[1] Vi era pure proibito, sotto pena di nullità, di donare per antiparte ad uno dei figli più di dodici soldi:[2] importante disposizione, che rivela un profondo senso di giustizia

[1] Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia regis, sive vir mulieri, vel mulier viro, seu cuicumque liber de proximis vel extraneis, adoptare in hereditatem vel adfatimi per scripturarum seriem, seu per traditionem, et testibus adhibitis, secundum Legem Ripuariam licentiam habeat (Lex Ripuaria, Tit. 48, 204).

[2] Leg. cit. Tit. 59, cap. 9.

nel condannare ogni rilevante ineguaglianza di trattamento fra gli stessi figli.

Che anzi fu in questo periodo che il cristianesimo fè prova d'indurre nel diritto successorio il principio dell'eguaglianza: si voleva diviso fra i maschi e le femine l'allodio paterno.[1] Ma i grandi, i nobili resistettero all'influenza del cristianesimo, conservarono la legge Salica e si compiacquero di chiamarsi sempre Salici, per far pompa della loro antica progenie.

§. XCIX.

Dicemmo che le leggi Salica e Ripuaria furono compilate rivedute ed emendate. Ora importa, che notiamo le modificazioni fatte alle medesime dagli Editti e dai Capitolari addizio-

[1] Diuturna, sed *impia*, inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego, perpendens hanc *impietatem*, sicut mihi a Deo aequaliter donati estis filii, ita et a me sitis aequaliter diligendi, et de res meas post meum discessum gratulctis. — Ideoque per hanc epistolam te, dulcissima filia mea, contra germanos tuos, filios meos illos, in omni hereditate mea aequalem et legitimam esse constituo heredem, ut tam de alode paterna quam de comparatum vel mancipia aut praesidium nostrum, vel quodcumque moriens reliquero, aequa lance cum filiis meis, germanis tuis, dividere vel exaequare debeas, et in nullo penitus portionem minorem quam ipsi non accipias, sed omnia vel ex omnibus inter vos dividere vel exaequare aequaliter debeatis (Marculfo, Form. II, 12)

nali, in ispecie quelle che hanno attinenza col nostro soggetto.

Clodoveo medesimo, dopo convertito al cristianesimo, fece due disposizioni addizionali alla legge Salica, l'una concernente il rispetto dovuto all'autorità dei capi di famiglia, l'altra l'interesse dei figli in caso di seconde nozze. Questa seconda disposizione ordinava fra le altre cose, che la vedova rimaritandosi non potesse donare od alienare a titolo gratuito i beni dotali, che erano dovuti ai figli di primo letto ad esclusione di quelli che nascessero dal secondo matrimonio. In mancanza di figli del primo letto la vedova poteva donare due terzi al marito; ma l'altro terzo con certi beni mobili era riservato ai parenti del suo primo marito. Il vedovo poi, che passasse a seconde nozze, non poteva donare alla seconda moglie nulla della dote che avesse assegnato o costituito alla prima, dovendo rimanere la dote stessa ad esclusivo profitto dei figli del primo letto, salvo a lui l'usufrutto, finchè questi non avessero toccato l'età maggiore. In mancanza di figli poteva donare alla seconda moglie due terzi della dote costituita alla prima, l'altro terzo essendo dovuto ai parenti della moglie predefunta.

Il marito fu chiamato a succedere in parte alla moglie che non lasciava discendenti.

§. C.

Ben maggiori furono le modificazioni, che Childeberto II fece alla legge Salica verso la fine del VI secolo. Per influenza del diritto romano ammise la rappresentazione a favore dei nipoti; e sotto l'ispirazione delle idee cristiane abolì la *solidarietà* nel caso di omicidio.

Col celebre Capitolare del 803 Carlomagno, fra tante altre disposizioni intese a proteggere ed arricchire la Chiesa, concesse ai Franchi la stessa libertà di donare i propri beni alla Chiesa *pro anima suo*, che Costantino aveva conceduta ai Romani.

Nel Capitolare addizionale alla legge Ripuaria appaiono combinati i principi della libertà di disporre per testamento proveniente dal diritto romano co' principi della solidarietà e della individuale indipendenza germanica. In effetto si agevolarono le vie alle donazioni universali e fu conceduto di scegliersi un erede in mancanza di figli. Se non che la mancanza di un correttivo nella *querela inofficiosi testamenti*, mostra che la vera e buona legislazione non può aversi

che nei suoli di prospera civiltà e di avanzata coltura.

In somma in tutte le addizioni fatte alle antiche leggi germaniche traspare sempre più l'influenza del diritto romano e del Cristianesimo.

§. CI.

Merita pure ricordo la legge Borgognona (517) nella quale a fianco delle disposizioni di origine germanica concernenti le tre classi di eredi, la preminenza dei maschi sulle femine e la trasmissione de' beni, secondo la loro provenienza, si trovano talune disposizioni sul testamento attinte evidentemente dal diritto romano, modificate peraltro giusta l'esigenza del diritto germanico, al quale s'innestavano.

§. CII.

Nè manco va dimenticata la legge Bavarese, nella quale, se poche sono le disposizioni tolte testualmente dal diritto romano, molte sono le imitazioni che si sono fatte del medesimo. Ricorderemo fra le altre disposizioni quella che conferisce alla vedova, benchè non povera, il di-

ritto di avere dalla eredità di suo marito, in concorso co' figli, l'usufrutto di una virile, che peraltro perdeva, passando a secondi voti.[1]

§. CIII.

Da ultimo la legge degli Alemanni era principalmente penale. Fra le poche disposizioni civili che contiene, ne aveva alcune sulla successione. Così una deferiva ai figli, in parti eguali, la successione del padre e chiamava a succedere le figlie soltanto in mancanza di figli.[2] Un'altra comminava a quella delle figlie, che si fosse maritata con un colono della Chiesa o del re la decadenza da ogni diritto sopra i beni immobili della successione a favore delle sue sorelle le quali si fossero maritate con persone della loro stessa condizione.[3] Una terza in fine chiamava il padre a succedere al figlio morto senza prole.[4]

[1] Lex Bajuv. Tit. 14, cap. 6 e 7.
[2] Tit. 88.
[3] Tit. 57.
[4] Tit. 92.

§. CIV.

Dalle provincie d'oltre Alpi scendendo in Italia, la prima legge d'indole germanica che v'imperò, fu quella dei Longobardi. Le altre orde germaniche o passarono come meteore, od ebbero leggi romane, quali furono, a modo di esempio, i Goti di Teodorico, come appresso diremo.

La legge longobarda, giudicata come la più saggia di tutte le leggi germaniche, non differisce sostanzialmente da quelle delle altre tribù germaniche.

La famiglia era costituita sulle medesime basi, e alla *faida* e al guidrigildo non partecipavano che i maschi. Ma è da notare, che mentre per legge Salica il guidrigildo andava diviso fra gli eredi e fra tutti gli altri parenti vincolati dalla solidarietà, la legge longobarda lo distribuiva siccome l' asse ereditario. Erano distinti i congiunti paterni dai materni; era riconosciuta la prerogativa della parentela mascolina, e il consenso dei parenti per le alienazioni dei beni della famiglia era necessario presso i Longobardi, come presso le altre tribù germaniche. La donna era comprata da suo ma-

rito che perciò la faceva sua, riceveva da lui una dote, e non era mai liberata dal mundio. Il figlio finalmente era liberato dal mundio paterno a dodici anni secondo l'editto di Rotari, a diciotto per disposizione di Liutprando. Potrebbesi, ma senza molto profitto, proseguire ancora in questa comparazione.

Come le altre tribù germaniche, i Longobardi sentirono ben presto i benefici influssi della legge romana e del cristianesimo.

È prezzo dell'opera che ci fermiamo ad esaminare la legge longobarda siccome quella che o sola o in concorso del diritto romano e degli statuti, imperò per molti secoli presso di noi. Dalla esposizione della medesima, quantunque siamo costretti a riferirla in ordine alla successione soltanto, chiara si parrà la ragione della sua lunga vita. Essa è riposta principalmente se non esclusivamente nei principî del diritto romano che la informarono in modo notevolissimo e che spianarono la via del ritorno al principio della territorialità, e forse anche nella comunanza di rapporti, di bisogni e d'interessi che nel giro di molti secoli non potè non istabilirsi più o meno estesamente ed intimamente fra e Longobardi ed Italiani.

§. CV.

È noto che v'hanno due raccolte delle leggi longobarde, l'una cronologica, l'altra sistematica, cioè compilata a mo' di Codice. Pel nostro soggetto preferiamo naturalmente la seconda.

La successione legittima forma la materia del Tit. XIV del libro secondo, distribuita in trenta leggi, desunte dall'Editto di Rotari, di Liutprando e di Astulfo. La ventinovesima appartiene all'imperatore Guido, e l'ultima è di Carlomagno.

Diamo la somma di quelle leggi, che fra le altre hanno maggiore importanza e che, per la natura del loro contenuto ebbero influenza sulle leggi posteriori, e furono quindi direttamente o indirettamente mantenute in vigore più lungamente.

Nella prima legge è stabilito, che la successione abbia luogo fra parenti sino al settimo grado.

Nella seconda è regolata la successione fra i figli naturali e legittimi concorrenti insieme. La parte dovuta ai figli naturali varia col numero dei figli legittimi; così secondo che il defunto lasciò uno, due, tre, quattro o cinque

figli legittimi, i naturali avevano diritto ad un terzo, ad un quinto, ad un settimo, ad un nono o ad un dodicesimo. « Si autem plures fuerint per hunc numerum dividant patris substantiam ».

Nella terza legge è vietato di usare verso i figli naturali lo stesso trattamento che verso i figli legittimi, ammenochè questi, divenuti maggiori di età, vi consentano. Ma è singolare che in questa legge e all'indicato effetto sia dichiarata maggiore l'età di dodici anni. Qual capacità di consentire!

La sesta legge regola la successione fra la figlia legittima, i figli naturali ed altri parenti prossimi, ed ordina che sia divisa in tre parti, l'una per la figlia legittima, la seconda per i figli naturali, qualunque ne sia il numero ed anche se ve n'abbia un solo, la terza per gli altri parenti. Ma anche in mancanza di questi, la prima come i secondi non hanno diritto che ad un terzo; quanto all'ultimo terzo *curtis regia suscipiat ipsa quatuor uncias.*

La legge settima continua a regolare la successione fra le stesse persone nominate nella precedente, considerato però il caso che v'abbiano più figlie legittime. In tal caso spettano alle figlie sei once cioè la metà, ai figli naturali quattr'once, cioè il terzo, e le altre due once,

cioè il sesto, agli altri parenti o alla regia corte.

La legge ottava provvede al caso che il defunto, oltre le persone sopranominate, abbia lasciato eziandio una o più sorelle legittime, ed attribuisce a queste il diritto di concorrere con le figlie legittime nelle anzidette sei once, lasciando agli altri le quote assegnate dalla legge precedente.

Parimente la legge nona continua a considerare i casi di concorso di figli d'ambo i sessi legittimi con figli e figlie naturali, e dispone che, *pro mundio earum (sororum) tollant filii legitimi partes duas, naturales vero tertiam;* rimanendo così escluse le femine dalla successione in concorso co' maschi.

La legge duodecima, che è ben notevole, dispone potersi dal padre discredare soltanto il figlio che abbia commesso una di queste colpe, cioè: « si filius contra animum patris aut sanguinem insidiatus aut consiliatus fuerit; aut si percusserit patrem voluntarie, aut si eum matrinia sua, scilicet noverca, peccaverit ».

La legge tredicesima, continuando lo stesso soggetto della diseredazione, vieta ai figli e ai discendenti di diseredare arbitrariamente il padre e gli altri ascendenti.

Non meno notevole delle due precedenti è la legge quattordicesima, che dichiara revocabile la donazione per sopravvenienza di figli legittimi e naturali d'ambo i sessi, acciò possano succedere, secondo le regole sopraesposte, nei beni già donati e ritornati in proprietà del donante.

La legge quindicesima ha un' importanza singolare; perocchè è la prima, che nelle legislazioni italiane costringa le femine a tenersi per soddisfatte pienamente di ciò che andando a marito hanno ricevuto dal loro padre o fratello. Vedremo questa disposizione riapparire in quasi tutti gli Statuti de' nostri comuni.[1]

La legge diciassettesima chiama la regia corte a succedere in mancanza di eredi.

Nella diciannovesima è ammesso il diritto di rappresentazione a favore dei nipoti de' figli premorti. È sensibile il profumo che questa legge manda dell'equità romana: = Quia inhumanum et impium videtur nobis esse, ut pro tali causa (la premorienza del padre) exheredentur filii ab hereditate patris sui, pro eo quod pater eorum

[1] Si pater filiam suam, aut frater sororem suam legitimam alii ad maritum dederit, in hoc sibi sit contenta de patris, aut fratris substantia, quantum ei pater aut frater in die nuptiarum dederit et amplius non requirat (Lex. XV).

in sinu avi mortuus est; sed ex omnibus equalem cum patruis, in loco patris sui, post mortem avi recipiant portionem.

La legge ventesima chiama alla successione le figlie femine legittime in mancanza dei maschi. Anche questa legge è un precedente storico notevolissimo per la legislazione degli Statuti.[1] Importa poi di notare, come Liutprando con essa legge deroghi alle precedenti di Rotari, nelle quali i figli e le figlie naturali, gli altri parenti e la regia corte erano chiamati a consuccedere co' figli e figlie legittime: perocchè Liutprando escluse bensì le figlie legittime, ma solo in confronto dei loro fratelli, e non di alcun altro.

La legge seguente dichiara le figlie maritate compartecipi del diritto di successione, stabilito da quella che la precede.

Nella legge ventiduesima è concesso alle sorelle nubili o maritate il diritto di succedere ai fratelli che non lascino figli o figlie; in caso diverso le sorelle maritate debbono essere contente di quanto hanno ricevuto nel giorno delle

[1] Si quis longobardus sine filiis legitimis masculis mortuus fuerit, et filiam dereliquerit unam aut plures legitimas, ipsae ei in omnem hereditatem patris vel matris suae tanquam filii legitimi masculi heredes succedant.

nozze, le nubili rimaste in casa concorrono in porzioni eguali, giusta la disposizione della legge ventitre, con le figlie del fratello defunto. Cotesta disposizione ha la sua ragione speciale nel posto distintissimo e sommamente importante, che nella famiglia germanica occupavano gli zii e le zie per rispetto ai nipoti e alle nipoti. Per la medesima ragione dalla legge 28 è imposto ai nipoti, che dispongono dei loro beni, l'obbligo di lasciare alle zie povere gli alimenti.

Dalla legge ventiquattresima è accordato al padre e al fratello il diritto di privare de' loro beni la figlia o la sorella, *si contra voluntatem eorum egerint.*

La legge venticinquesima chiama le sorelle a succedere alla sorella predefunta, in mancanza di fratelli, salvo il diritto di chi aveva il mundio sulla defunta.

Finalmente la legge ultima chiama il coniuge superstite alla successione del defunto, che non abbia lasciato figli.

§. CVI.

Tutto ciò in ordine alla successione intestata a favore dei parenti e del coniuge superstite.

Quanto agli atti di ultima volontà, la legge longobarda concedeva in generale a tutti la facoltà di disporre per testamento.[1] Ma cotesta facoltà era limitata a favore dei discendenti e degli ascendenti, i primi dei quali, si è di sopra notato, non potevano diseredarsi che per tre sole cause, e i secondi non mai per solo arbitrio.

Del resto sovrabbondano le leggi che riconoscono ai longobardi la facoltà di donare dei beni alle Chiese, *pro anima sua.*

§. CVII.

Da ultimo le leggi longobarde contengono una disposizione di Carlomagno, sull'adozione che poteva farsi in mancanza di figli legittimi, adozione che conferiva all'adottato gli stessi diritti dei legittimi.

[1] Lex 2, Leges Long. Lib. II Tit. XVIII de ultimis volunt. La legge prima di questo titolo negava ogni diritto di disporre de' suoi beni al lebroso; » quia in eodem die quando a domo expulsus est, tamquam mortuus habetur » e appena appena gli si riconosceva il diritto di essere nudrito co' propri beni.

§. CVIII.

Il ducato di Benevento ebbe le stesse leggi dei Longobardi; venuto in mano dei Franchi, ne subì le leggi.

§. CIX.

Nel regno fondato dai Normanni ebbero vigore tanto le leggi longobarde quanto le romane; le prime nelle provincie che erano state dipendenti dalla Lombardia, le seconde nelle provincie già soggette al dominio greco. In seguito, stabilita la personalità dei diritti, le due leggi imperarono simultaneamente e cumulativamente.

Importa però di aggiungere, che il diritto longobardico nelle provincie napoletane fu accresciuto delle leggi dei duchi di Benevento e dei conti di Capua.

§. CX.

I Franchi, conquistata l'Italia, v'introdussero le loro leggi, che però rimasero personali, applicabili cioè agli uomini delle loro singole tribù.

Fu in generale riconosciuto in principio, che il diritto fosse personale, quindi in Italia oltre il diritto romano pe' romani, e leggi longobarde pei longobardi, coesistevano ad un tempo le leggi salica, ripuaria, borgognona, bavara ed alemanna. Ma la sola legge longobarda sopravvisse lungamente, come appresso osserveremo.

§. CXI.

Importa però di notare, che il diritto longobardo fu territoriale, in questo senso che ad esso divenivano soggetti tutti i forestieri che stabilissero il domicilio nel territorio de' Longobardi; a meno di avere implorato ed ottenuto dal principe il godimento del proprio diritto personale.[1]

Giova pure di ricordare, che le donne seguivano il diritto del marito; ma divenute vedove ritornavano soggette al loro diritto personale.[2]

[1] Omnes gargangi, qui de exteris finibus in regni nostri finibus advenerint, seque sub scuto potestatis nostrae subdiderint, legibus nostris Longobardorum vivere debeant » nisi legem suam a pietate nostra meruerint » (Leg. Roth. 390).

[2] Leg. Liutp. VI. 74; Loth. sent. 14.

§. CXII.

Vediamo ora lo stato e le condizioni del diritto romano lasciato ai vinti, per passar quindi a discorrere del diritto risultante dalla combinazione degli elementi romani co' germanici.

Il diritto romano non continuò a reggere i Romani delle varie provincie nella purezza e nella splendida forma con cui era uscito dalle mani dei Decemviri, del Senato, della Plebe, del Pretore e degl' Imperatori, ma travestito e raffazzonato in nuove compilazioni più o meno indigeste.

Di cosiffatte compilazioni la più importante fu senza dubbio la legge dei romani soggetti ai Visigoti; perocchè, ed importa assaissimo il non dimenticarlo, rappresentò fuori d'Italia il diritto romano, dal medio evo sino allo studio della raccolta di Giustiniano. Essa fu ed è conosciuta comunemente sotto il nome di *Breviarium Alariciarum*, *Breviarium Anianum*, o *Breviarium* semplicemente.

È noto che cotesto *Breviarium*, compilato e compiuto nel 506 d'ordine di Alarico II, per i romani soggetti al suo regno, fu opera di una commissione di giureconsulti romani, la quale

fu approvata da un' assemblea di vescovi e di nobili laici romani, ed autenticata da Amiano, referendario del re. Si compone di due elementi, l'uno desunto dalle leggi del Codice e dalle Novelle anteriori alla legislazione Giustinianea, e l'altro dai Commentari di Gaio, dalle sentenze di Paolo e dai Risponsi di Papiniano; ma cotesti documenti vi sono riprodotti per riassunto e più o meno alterati, e sovente accompagnati da un commentario che ne spiega o ne modifica il senso.

§. CXIII.

Conformemente all'indole delle sue fonti, la successione legittima nel *Breviarium* è regolata come nel diritto romano anteriore a Giustiniano. Quindi l'eredità vi era deferita in primo luogo ai discendenti sotto l'immediata potestà del *paterfamilias*, cioè agli *heredes sui*, in secondo luogo agli *agnati* più prossimi, ed in terzo luogo ai *cognati*.

Le femine ebbero più diritti successori dal *Breviarium* che dal diritto romano, ma non vi furono assimilate in tutto ai maschi. Le sole sorelle consanguinee erano chiamate alla successione nella qualità di agnate: le altre fe-

mine potevano valersi delle nuove disposizioni stabilite per favorire la parentela naturale.

Ne piace qui mettere in rilievo, come il *Breviarium* in Ispagna e sotto i Visigoti riprodusse per quanto incompletamente, quel periodo di transizione legislativa che noi vedemmo esser seguito in Roma, e continuò la riforma del diritto successorio, giusta le esigenze o le attinenze della famiglia naturale, che poco appresso si doveva compiere da Giustiniano nell'altro estremo di Europa. In vero per riguardo ai cognati il *Breviarium* segnava un progresso sul diritto romano; perocchè mentre in questo non avevano un proprio diritto successorio, ma soltanto la *bonorum possessio Unde cognati*, il *Breviarum* riconosce loro un vero diritto di successione; per riguardo poi alle femine diede un passo in avanti verso il pareggiamento delle femine coi maschi.

Anche in ordine alla successione testamentaria, il *Breviarium* riproduce in generale la legislazione romana del periodo transitorio. In effetto vi si trovano le stesse distinzioni e principi relativamente ai peculi, alle qualità richieste per testare validamente, alla preterizione, alla diseredazione nonchè ai differenti effetti che ne derivavano. Le stesse differenze

si riproducono rispetto al sesso e al grado di parentela; e in generale tutte le regole del diritto legittimo, qual'era prima di Giustiniano, benchè significate in altri termini, furono mantenute in vigore.

§. CXIV.

È pure notissimo nella storia del diritto il codice *Papianum*, compilazione di diritto romano pe' romani del regno di Borgogna, meno completa del *Breviarium*, col quale ebbe comuni le fonti. Queste peraltro vi furono assai maggiormente alterate.

La successione legittima nondimeno era regolata, siccome nell' ultimo stadio del diritto romano prima di Giustiniano.

In ordine alla successione testamentaria la preterizione del figlio rendeva nullo il testamento, non così quella della figlia o dei nipoti.

Alla legittima, oltre i discendenti e gli ascendenti, aveva diritto anche la madre, ma non il fratello. Misura della legittima era la quarta Falcidia.

§. CXV.

Da ulimo i romani dell'Istria e del Friuli che sotto Carlomagno facevano parte della Lombardia furono retti dal *Codex Utinensis*, il quale era un estratto o una rifusione del *Breviarium.*

§. CXVI.

Portiamo ora un rapido sguardo sulle legislazioni, in cui si tentò la combinazione del diritto romano col germanico, e si cercò di ridurre nuovamente il diritto da *personale* in territoriale, mercè della conseguente abolizione di tutte le parti del diritto non riprodotte nella nuova legge.

§. CXVII.

Fuori d'Italia la più e forse la sola importante, a questo riguardo, fu la legge dei Visigoti, la quale fu redatta probabilmente sul principio del settimo secolo.

Le disposizioni di cotale legge sulla successione legittima erano le seguenti:

Vi erano tre classi di eredi chiamati alla successione, sino al settimo grado inclusive computato giusta le regole del diritto romano: inoltre vi si faceva luogo alla rappresentazione ma in certi casi determinati soltanto.

Le femine avevano avuto lo stesso trattamento dei maschi.

Il coniuge superstite succedeva al predefunto in mancanza di parenti successibili.

I discendenti avevano diritto alla legittima, quasi come nel diritto giustinianeo.

§. CXVIII.

In Italia Teodorico pubblicò nell'anno 500 l'Editto che porta il suo nome.

L'*Edictum Theodorici* fu desunto dal diritto romano, ed in specie dal Codice Teodosiano e più ancora dalle Novelle anteriori alle giustinianee.

Esso reggeva tanto i Romani quanto i Goti, conservando per tal guisa eccezionalmente il principio della *territorialità* del diritto, ma non già in omaggio di questo stesso principio, sibbene per servire al disegno ardito, ma per nulla pratico, di Teodorico, di formare una sola nazione de' due popoli.

Per altro l'Editto di Teodorico lasciò sussistere il diritto gotico pei Goti, e il diritto romano pe' Romani, sopra tutte le materie sulle quali esso non conteneva nuove e diverse disposizioni.

Fra le materie appunto mantenute in vigore avvi dunque la successione legittima; perocchè l'Editto contiene solo la seguente disposizione: La successione di quello che muore senza far testamento appartiene ai suoi figliuoli e nipoti o agli agnati e ai cognati più prossimi.[1] Ora cotale disposizione sarebbe inapplicabile, ove non si riferisse ad altra legge già conosciuta. Sembra anzi, che i Goti medesimi potessero seguitare nell'uso del loro diritto nazionale relativo alla successione. Trovansi però nell'Editto talune disposizioni molto più esplicite, sul diritto che aveva il fisco di succedere, mancando l'erede del sangue.[2]

[1] Si quis intestatus mortuus fuerit, is ad ejus successionem veniat, qui inter agnatos atque cognatos gradu vel titulo proximus invenitur, salvo jure filiorum ac nepotum (Edic. Theodorici art. 23).

[2] Edic. Theod. art. 24.

§. CXIX.

L'Editto di Teodorico ebbe breve vita; perocchè fu abrogato del tutto col decreto, onde Giustiniano, dopo ritolta l'Italia ai Goti, ordinò che le Pandette, il Codice e le Novelle avessero forza di legge in Italia, come in tutte le altre provincie dell'impero. Sembra per altro, che ai Goti fosse lasciata la facoltà di seguire il diritto Teodoriciano.

Il diritto di Giustiniano, corrispondente perfettamente ai bisogni e alle idee dell'epoca, si propagò rapidamente in tutta Italia, si conservò puro nell'Esarcato e in Roma, finchè furono dipendenti da Bisanzio. Di più, può dirsi, che non tramontò mai il suo impero neppure nelle provincie occupate lungamente dai Longobardi e da altri popoli germanici.

§. CXX.

In quanto alla Chiesa, considerata come governo speciale ed avente una vita politica propria, essa seguì il diritto romano. E conseguì agevolmente lo intento, quantunque i chierici avessero tante e sì diverse nazionalità; imperoc-

chè diede al carattere sacerdotale de' suoi membri tale preponderanza sui laici e tali prerogative, da spegnere in essi il desiderio di conservare il diritto personale della razza d'onde uscivano.

§. CXXI.

Prima di lasciare il primo periodo del medio evo giuridico, giova ricordare, che gl'imperatori Franchi, e specialmente i Carolingi, fecero più leggi generali intese a governare tutto l'impero, qualunque fosse la nazionalità de' singoli sudditi. Coteste leggi furono dette *capitularia* o *capitula:* debbono però distinguersi dai *capitula*, che regolavano il diritto di uno dei popoli soggetti all'impero, quali, ad esempio, i *capitula addita ad Legem Salicam vel Ripuariam*, de' quali abbiamo discorso superiormente.

Fra i capitolari generali deve essere ricordato il famosissimo di Carlo il Calvo emanato nell'anno 877; nel quale dichiarò gli uffizi ed i feudi ereditari, dando per tal guisa base legislativa alla *feudalità*, di cui senz'altro passiamo a parlare.

§. CXXII.

Il sistema del diritto personale che lasciava coesistere due diritti, come coesistevano nello stesso territorio due popoli, il vincitore e il vinto, soddisfaceva convenientemente, come già accennammo, alle condizioni create dalla invasione, ma era essenzialmente transitorio. La preponderanza dei vincitori e il genio di Carlomagno non riescirono a dare alla società che un'unità apparente. In realtà non v'era che una massa confusa di abitanti i quali non avevano nulla di comune, nè origine, nè simpatia morale, niuno insomma di quei vincoli di unione che, prima o dopo ma inevitabilmente, legano gli abitanti di un territorio in un sol corpo, in nazione, animata da un solo impulso morale, soggetta agli stessi bisogni, tendente ad un medesimo scopo.

La trasformazione più o meno sollecita della società era quindi inevitabile. E perchè la novella società nascesse vigorosa ed acquistasse vita forte, stabile e rispondente ai principî della umana sociabilità, conveniva che tanta copia di elementi eterogenei ed anche ostili fossero composti in armonica unità.

Mezzo a ciò non poteva essere migliore del principio della *territorialità* del diritto, che in certa guisa avvincesse nuovamente al suolo le genti, rimastevi sino allora, quasi nomadi, e starei per dire in sospeso, e mercè d'incessanti e stabili relazioni tra il suolo e i suoi abitanti permettesse loro di svilupparsi regolarmente nel doppio ordine morale ed economico.

La potenza che riattivò il principio della territorialità del diritto fu la *feudale;* perocchè sotto il feudatario, fosse duca, marchese o conte, niuno poteva invocar più la sua qualità di romano, di franco, di visigoto; assorbita l'idea di nazionalità in quella di feudo, che è quanto dire signoria di suolo. Tutti gli abitanti nella giurisdizione di un feudo, livellati tutti ad una stregua addivennero individui, uomini della terra appartenenti al Signore di questa, quasi accessori della medesima.

§. CXXIII.

Nel sostituirsi il regime del diritto territoriale a quello del diritto personale, si ebbe a deplorare il funesto ma inevitabile effetto di ogni reazione, che oltrepassa sempre ogni regolata misura.

Il regime feudale non solo richiamò a vita il diritto territoriale, ma fu ancora il più territoriale di tutti i regimi; tanto che potè dirsi con profonda ragione, che sotto la feudalità lo stato di uomo divenne l'accessorio della terra, che l' uomo fu in certa guisa dalla terra posseduto, e che le ragioni della proprietà, base e cemento unico di unione, ebbero il predominio sulla personalità in tutti i gradi della scala sociale. La personalità dell'uomo, così spiccata di fronte a'suoi vassalli, annichilivasi di fronte ad altro uomo, di cui il primo a sua volta fosse vassallo.

L'albinato, istituzione che un uomo proveniente da un paese straniero o solamente da un altro feudo rendeva servo al Signore della terra, in cui veniva a fermare il piede, fu una delle molte manifestazioni di quello spaventevole aggiogamento dell'uomo alla terra.

§. CXXIV.

La feudalità, quantunque germogliata da elementi germanici, tuttavia ebbe il suo maggiore sviluppo ed incremento nel centro della Francia e in Lombardia. La qual cosa dimostra chiaramente, il regime feudale essere stato

occasionato dalla imperfezione del diritto personale, sistema che in Francia come in Lombardia ebbe principalmente vigore, imperandovi quasi con forza eguale il diritto romano dei vinti e il germanico dei vincitori. Sotto questo aspetto quindi la feudalità segna anch'essa un progresso.

§. CXXV.

Per quanto concerne l'Italia, la feudalità si formò sotto la dominazione de' trenta Duchi Lombardi, i quali dopo la morte di Alboino si divisero il paese e piantarono la feudalità ne' rispettivi territori. Capi militari vollero essere giudici, signori, tutto de' loro commilitoni. Sotto i re e gl'imperatori carolingi che successero ai re lombardi, la feudalità non poteva che prosperare sotto gl'influssi benigni d'interessati e propizi protettori. Solamente Carlomagno alla divisione per ducati aggiunse quella per contee e marchesati.

§. CXXVI.

Il diritto feudale tolse in prestito le sue disposizioni dai diritti personali ai quali suben-

trò; e naturalmente diede la preferenza a quello fra i diritti personali, che in un determinato territorio governava il maggior numero di uomini. Questa si fu la ragione delle maggioranze, la prima volta consacrata legislativamente, per la quale nel settentrione della Francia il diritto feudale ha tutta l'impronta del diritto germanico, laddove nel mezzodì attinse alle fonti romane. Per consimile ragione in Lombardia, ove copiose orde di vincitori si sovrapposero ai vinti, il diritto germanico ed il romano si contemperarono a vicenda; e non è difficile scorgere l'origine dei singoli istituti.

§. CXXVII.

Il discorrere del principio de' feudi, cioè della concessione di gran parte della autorità pubblica, in un co' terreni e quasi inerenza dei medesimi, ai capi dell'esercito e ai prelati, onde seguì la confusione degli uffizi pubblici e delle possessioni, è affatto estraneo al nostro tema. Come pure ne è alieno il seguire le fasi dell'anarchia sociale, morale e materiale del periodo feudale. D'altronde è noto, che il feudalismo non fu ridotto a vero sistema giuridico; ostavano l'immenso disordine e l'ignoranza del

tempo. E poichè l'ignoranza imprevidente, ed inerte, accetta, anzi subisce fatalmente gli avvenimenti, così il governo e il regime de' feudi fu abbandonato agli usi, i quali però mutavano col variare dei paesi e delle investiture.

Per quanto concerne il nostro soggetto ne basti il dire, che il diritto di famiglia non poteva appunto esser base al diritto di successione nella nuova proprietà, nel feudo; atteso che il concetto stesso della proprietà, tuttochè sì prevalente, si era mutato in un'altro diverso, per comprendere in sè medesimo anco l'ufficio pubblico di capo militare, di amministratore e di giudice.

§. CXXVIII.

Le conseguenze più gravi e più importanti che, almeno in relazione al nostro soggetto, produsse l'anzidetta combinazione, furono:

1.° La indivisibilità più o meno completa del feudo;

2.° Gl'impedimenti o le gravose e difficili condizioni imposte alla trasmissione del medesimo;

3.° Il diritto di anzianità fra i vari successibili;

4.° La prerogativa della mascolinità.

§. CXXIX.

Il frazionamento del feudo avrebbe portato seco il frazionamento degli uffici pubblici che vi erano inerenti, e avrebbe reso minori e meno facili a conseguirsi dal Signore i vantaggi, che si era voluto procurare dal suo vassallo, con la concessione del dominio utile o di altro diritto analogo sul feudo medesimo.

Inoltre il frazionamento del feudo avrebbe indebolito sempre più e alla perfine distrutto l'aristocrazia territoriale.

A riparare a siffatte conseguenze, che nel periodo feudale apparvero naturalmente quali principî d'inevitabile distruzione della società, fu dichiarato indivisibile il feudo, e come tale non trasmissibile da quel solo Signore il quale lo aveva posseduto ed era venuto a morte, se non ad un solo Signore, che lo surrogasse.

E questi si aveva per indicato da Dio nel primo maschio che nasceva ed era sopravvissuto al defunto Signore, od almeno nel maschio più anziano superstiti. Gli altri figli o discendenti

adunque si trovarono necessariamente esclusi dal feudo, pur avendo e conservando la capacità di una successione eventuale. Le donne al contrario si trovarono da principio escluse in modo generale ed assoluto. Ma in seguito, essendo periti e perendo di continuo molti signori nelle guerre crociate, le donne furono ammesse al possesso dei feudi ed ebbero la capacità di trasmetterli e di succedervi.

§. CXXX.

Se adunque della prerogativa della mascolinità si ebbe soltanto un qualche segno nella legislazione romana, introdottovi, non si sa bene, se dal desiderio di favorire l'agnazione o dal proposito di reprimere la baldanza feminile, come superiormente notammo; se invece la stessa prerogativa rappresentò una parte principalissima nella successione germanica, non già a cagione di una pretesa superiorità dell'uomo sulla donna, o di una pretesa ambizione di conservare la famiglia e gl'illustri nomi degli antenati, sì bene consigliata dalla necessità e dal dovere della difesa; chiaro si apprende, i privilegi delle primogeniture e dei maggioraschi aver

avuto origine dal diritto feudale.[1] Allora dunque soddisfecero ai bisogni del tempo, e ciò solo basta per giustificarli; ma passato quel tempo, e quella condizione di cose essendo addivenuta impossibile, la loro stessa ignobile origine li condanna.

§. CXXXI.

Ma rientra nel nostro tema il feudalismo per la sua ultima fase, nella quale il feudo cessò di essere parte essenziale del sistema politico.

Si riferiscono a cotesta ultima fase i *Libri o Consuetudines Feudorum.*

§. CXXXII.

È noto che, dopo il debole, se non empio, giudizio dei quattro dottori, Bulgaro, Martino, Giacomo ed Ugo, favorevole ai diritti regali della Corona ch'era allora cinta dal famoso Federico

[1] Si ricorda, che presso i Germani il più giovane dei figli escluse un tempo gli altri, ma ciò dipendeva dalla consuetudine per la quale i figli, non appena divenuti forti ed indipendenti, abbandonavano la casa e il podere paterno, per fondare nuova casa ed occupare nuovo terreno. Per tal guisa il più giovane de' figli rimaneva solo ne' fondi aviti.

Barbarossa,[1] le *Consuetudines Feudorum* furono compilate, per servire all'insegnamento nelle scuole e all'applicazione nei tribunali, da un milanese di cui s'ignora il nome, sulle collezioni che *Gerardus Niger* e *Obertus de Orto*, due consoli milanesi, avevano fatto, per servizio dei giudici chiamati ad applicare il diritto feudale, desumendole dalle costituzioni imperiali, dagli usi e dalla giurisprudenza. Le compilazioni si arricchirono altresì dei commentari dei nominati consoli milanesi.

Le *Consuetudines Feudorum* sono state tratte da quattro fonti, cioè:

1.° Dalle Costituzioni imperiali di Corrado il Salico, di Lotario II duca di Sassonia e di Federico Barbarossa;

2.° Dalle leggi longobarde;

3.° Dagli usi tradizionali;

4.° Dal diritto romano.

Sopra queste quattro fonti dirò solo, che l'infiltrazione del diritto romano, non mai distrutto in Italia e allora richiamato a nuova vita dalla scuola di Bologna, nel diritto feudale

[1] .... Sed nec illud obstabit quod *impie et falsissime et contra proprias coscientias a miseris* Bononiensibus Friderico imperatori suasum est, Italiam factam esse tributariam (Placentinus in Cod. X, 16.).

depositò principî di giustizia e di equità. Onde che le *Consuetudines Feudorum* si chiarirono favorevoli ai vassalli ed al principio di eguaglianza, come misero in onore la santità della fede e il diritto di reciprocità nelle relazioni fra i vassalli ed il Signore — *equalis est de fide inter vassallum et dominum relatio.*

Non è quindi da far meraviglia che, come il giure romano pel diritto privato in generale, così le *Consuetudines Feudorum* in particolare divenissero il diritto comune feudale di tutta Europa.[1]

§. CXXXIII.

Nelle *Consuetudines Feudorum* è conservata l'antica costituzione della feudalità militare, quale fu fondata dai duchi longobardi.[2]

Quindi i feudi conservarono la natura di *Benefizi militari*, de'quali era conceduto ai feuda-

[1] Donellus Lib. 1, Cap. II.

[2] È noto che specialmente in Francia ed in Inghilterra la feudalità ebbe due periodi distinti, quello della feudalità militare ed assoluta, e quello della feudalità politica e civile. Ma se in Italia la feudalità conservò il suo carattere originale, non subì meno l'influenza della società civile. Così a poco a poco s'introdussero parecchie distinzioni de' feudi, e si finì col lasciare alla maggior parte degli antichi feudi il solo nome, finchè sparì anche questo.

tari il solo usufrutto e riservata la proprietà all'imperatore.

Dapprima la durata del godimento del feudo dipendeva dalla volontà del concedente, potendo esso privarne a suo talento il concessionario; in seguito si stabilì, che dovesse durare almeno per un anno e, poco appresso, per tutta la vita del *Fidelis*: in fine i feudi *ordinari* divennero ereditari.[1] Dissi gli *ordinari*; perocchè i feudi ai quali era annesso un ufficio od una dignità non passarono per diritto di successione all'erede; questi non poteva acquistarli che per investitura.[2]

§. CXXXIV.

Sparito dai feudi l'elemento politico, la successione nei medesimi tornava a basarsi sul diritto di famiglia, che è per essa come il centro di gravità per i corpi.

Non si speri però di vedere il diritto di famiglia servir di base alla successione nel feudo

[1] Consuet. Feud. Lib. I, Tit. I, §. 1.

[2] De Marchia, vel Ducatu, vel comitatu, vel aliqua legali dignitate, si quis investitus fuerit per beneficium ab Imperatore, ille tantum debet habere; heres enim non succedit ullo modo, nisi ab Imperatore per investituram acquisierit (Consuet. Feud. Lib. I, Tit. XIV, princ.).

in tutta la pienezza e purezza, perocchè tre massime invalse per la deplorevole condizione de' tempi, quasi tre forze, alterarono necessariamente la giusta valutazione e la piena applicazione del diritto di famiglia fondato sui naturali rapporti di sangue.

Innanzi tutto era divenuto costume il considerare la donna come inferiore all'uomo nella famiglia. Di qua l'esclusione delle femine dalla successione a favore dei maschi.

Secondariamente la natura del feudo, come appresso vedremo, escludeva dalla successione gli ascendenti.

In fine il feudo non era un bene patrimoniale, un bene proprio di chi lo possedeva e morendo lo lasciava, ma una benigna concessione di un alto Signore, il quale per ciò aveva diritti più o meno estesi sul fondo. La volontà dell'altro Signore adunque s'intrometteva, per così dire, fra il diritto di famiglia e il feudo, ed arrestava quello a mezza via.

Ma le eccezioni, le anomalie medesime confermano il principio.

§. CXXXV.

Premesse queste osservazioni generali, passiamo a vedere, come fosse regolata la successione dei feudi ordinari nelle *Consuetudines Feudorun.*

Nella linea diretta la successione era ammessa a favore dei discendenti di primo e di secondo grado cioè dei figli e dei nipoti[1] che fossero legittimi, ma non dei legittimati, degli adottivi e dei naturali.[2] Era conservata la prerogativa della mascolinità ma non dell'anzianità; in altri termini succedevano i soli maschi ma succedevano tutti in parti eguali.[3] In quest'ordine di persone adunque la successione nel feudo era regolata con le stesse norme stabilite dalle leggi Salica, Ripuaria e Longobarda per la successione nella terra Salica e nell'allodio.

Le femine però succedevano in mancanza de'maschi, quando l'investitura erasi concessa al padre colla condizione, che filii aut *filiae* succedant in Feudum.[4]

[1] Consuet. feud. Lib. I, Tit. XIV. §. 1.
[2] Consuet. feud. Lib. II, Tit. XXVI, §. 4.
[3] Consuet. feud. Lib. I, Tit. VIII, princ.
[4] Consuet. feud. Lib. I. Tit. VIII, §. 2; Lib. II, Tit. XVII.

Del resto era indifferente che il feudo fosse paterno o materno, essendo alla fine prevalsa per equità l'opinione di coloro che ammettevano i figli a succedere nel feudo materno.[1]

I discendenti non potevano ritenere il feudo e ripudiare l'eredità del padre, ma dovevano o accettare o ripudiare l'uno e l'altro.[2]

Nella linea collaterale si faceva luogo alla successione nel feudo a favore dei fratelli e dei loro figli; ed in mancanza di questi a favore di ulteriori agnati, quando però il feudo fosse stato *antico*, ossia proveniente dall'autore comune.[3] In riguardo ai feudi *nuovi*, de' quali cioè avesse avuto l'investitura il predefunto, il suo fratello non vi succedeva che in determinati casi.[4]

L'agnato poteva ritenere il feudo, se paterno, e ripudiare l'eredità.[5]

[1] Si femina filios dimiserit, dicunt quidam, filios non debere succedere in Beneficium matris, nisi specialiter sit datum, vel investiti fuerint: quia secundum usum Regni ad Beneficium vocantur paternum, et non maternum. Sed secundum aequitatem dicamus filios debere succedere (Consuet. feud. Lib. I, Tit. XV.).

[2] Consuet. feud. Lib. II. Tit. XLV.

[3] Consuet. feud. Lib. I, Tit. I §. 2; e Tit. VIII, §. 2 in fine e specialmente Lib. II, Tit. XI.

[4] Consuet. feud. Lib I. Tit. XX; e Lib. II, Tit. XII.

[5] Consuet. feud. Lib. II, §. XLV.

§. CXXXVI.

Non poteva mai farsi luogo a successione di ascendenti nei feudi, per la natura speciale della successione de' feudi medesimi. « *Successionis Feudi talis est natura, quod ascendentes non succedant.*[1]

§. CXXXVII.

Il marito non era ammesso in verun modo a succedere nel feudo che fu posseduto dalla sua defunta consorte.[2]

§. CXXXVIII.

La successione de' beni patrimoniali, che si salvarono dalla rapacità feudale e si conservarono liberi, fu regolata costantemente dai diritti personali, che erano divenuti comuni, ed in ispecie dal diritto romano e dal diritto longobardo.

[1] Consuet. feud. Lib. II, Tit. 50 princ. e Lib. IV. Tit. LXXXIV.

[2] Consuet. feud. Lib. I. Tit. XV.

§. CXXXIX.

Ma ormai ne tarda di uscire dalla barbarie feudale per entrare nel periodo glorioso dei nostri Comuni.

Non istà a noi di ricercare, se le nostre città abbiano conservato, attraverso la barbarie del medio evo, il reggimento municipale romano; o se Ottone restituì loro quell' indipendenza che le pareggiava alla condizione dei municipi romani. Non indaghiamo neppure, se abbiano conquistato l'autonomia comunale di mezzo alle lotte della chiesa contro l'impero; o se la loro novella costituzione sia emersa come risultante di queste tre forze combinate insieme. Certo si è, e per noi basta, che moltissimi Comuni italiani divennero liberi e possessori di poteri sovrani.

§. CXL.

Del potere legislativo si valsero i Comuni per formarsi le proprie leggi, i propri Statuti, tesori ricchissimi di sapienza amministratrice.

§. CXLI.

In generale gli Statuti dei nostri comuni contengono il diritto pubblico e il diritto privato.[1]

In vero la prima parte di quasi tutti gli Statuti risguarda la Costituzione e le attribuzioni della suprema potestà comunale, nel triplice ordine legislativo, giudiziario ed amministrativo.[2]

[1] Non è mia pretesa, e dirò pure, non è nei limiti del mio compito l'analizzare minutamente tutti i nostri statuti. Dichiaro anzi essermi limitato ad un esame generale degli Statuti più importanti che possiede la magnifica Biblioteca Palatina di Modena. Ma riconosco che studi speciali sugli statuti potrebbero dare eccellentissimi risultati, specialmente in ordine all'amministrazione ed alla procedura civile.

[2] Statutum Ravennae Lib. I, per totum; – Statutum Luc. civit, Lib. I cap. I e V; – Statutum Brixiae, Pars prima, Statuta domini potestatis; Pars secunda Statuta civilia cap. 23 e seg. et passim; – Statutum Paviae, de Regimine potestatis; – Statut. Veronae, Statuta Domini Potestatis, Lib. I et passim in Lib. III, IV e V; – Statutum Parmae, Lib. I, fere per totum; – Statutum Mutinae, Lib. I, Stat. de officiis; – Statutum Ferrariae, Lib. I, Stat. de Dom. potest; – Statutum Romae Lib. I, cap. III, e seg., – Statutum Bononiae, Lib. I, de offic. potest. – Statutum Gennae, Lib. I, – Statutum Mediolani, Lib. I. – Lo Statuto di Modena contiene un documento preziosissimo sulla investitura od almeno sul riconoscimento della sovranità dei Duchi d'Este fatto dal popolo: è un documento il quale attesta, che il sentimento della sovranità popolare, origine e base legittima della sovranità del magistrato supremo, ebbe vecchie e profonde radici in Italia. « Omnis civitas (così si legge nella Rub. V, del Libro I), omnis Civitas, Populus, et Respublica Mutinen. statuit, et solemniter ordinavit, et ordinat, quod Ser. Dux Hercules secundus et Dei gratia Ferrariae, Mutinae et Regii Dux IIII Marchio Esten. et ejus filii et heredes

Il diritto penale (*Statuta criminalia*) è stato parimente oggetto di cure singolari in tutti gli Statuti.[1]

In fine ogni statuto ha abbondantissime e minute regole di polizia, e molti provvedimenti vittuari.

§. CXLII.

Ma se negli Statuti sono quasi come completi sistemi di diritto pubblico, non può dirsi altrettanto in ordine al diritto privato.

In effetto, esaminando la parte principale de' medesimi si riscontrano provvedimenti sopra ogni materia attenente più o meno strettamente al diritto pubblico. Che anzi se v'ha peccato, è peccato di eccesso. Così, secondo le idee di quel tempo, importava, a modo di esempio, che la legge regolasse la fabbricazione dei mat-

in perpetuum sint, et esse debeant perpetui domini, et patroni civitatis, districtus, ducatus, et episcopatus Mut. et habeant et habere intelligantur merum, purum et mistum imperium et omnimodam jurisdictionem et universam gladii potestatem in ipsis civitate, districtu, ducatu et episcopatu et in homines, personas, comunia, collegia, universitates etc. etc.

[1] Statuta Ravennae, Lib. V, per tot ; Statutum Luc. civil. Liber quart. per tot; Statuta Brixiae, pars tertia Statuta criminalia; Statutum Mediolani, Iurisdictionibus; et omnia superad. Statuta Lib. vel Tit. Statuta criminalia.

toni e della calcina e ne determinasse il prezzo; che regolasse le luminarie, le corse, le processioni, le visite da farsi alle chiese, il pavesamento delle case ne' giorni de' Santi patroni e di altre solenni festività, le offerte e distribuzione della cera; e come pure imponesse ai carcerati un tributo dovuto *ob Dei reverentiam.*

Ancora si reputò conveniente di stabilire regole sugli ornamenti delle donne e sulle vesti da indossarsi, determinandosi quali gioie ed abiti le donne potessero portare, sino a qual punto ed in quale forma gli abiti avessero ad essere scollati; quali persone potessero vestire le gramaglie, di quali fogge vestite dovessero comparire in pubblico le meretrici, alle quali era prescritto di portare *manteletos fustanei.*

Parve pure utile e giusto d'impedire l'uso dell'oro e dell'argento per ornare la mobilia, come si vietò di adoperare l'*azurum ultramarinum* per pitturare le pareti delle case, e si regolarono persino le spese da farsi nel parto e nel battesimo.

§. CXLIII.

Al contrario pochissime parti del diritto privato vi sono regolate, e queste in maniera quasi sempre incompleta.

In vero (accennando qui di volo a materie estranee al nostro soggetto) il diritto delle obbligazioni non è regolato che in pochissime parti e non da tutti gli Statuti. Parimente il diritto delle cose non figura affatto in molti Statuti: in alcuni si discorre soltanto di ciò che concerne gli edifizi e le acque, e per cotesto rispetto va sopratutti celebrato lo Statuto di Milano. Di diritto commerciale appena s'incontrano alcune poche ed imperfettissime disposizioni, qua e là sparse senza ordine e senza nesso.

§. CXLIV.

L'uniformità dei provvedimenti legislativi che si contengono negli Statuti delle varie città, benchè l'una dall'altra distanti, e non istrette al certo, non dirò, da rapporti di fraternità, ma neppure di buon vicinato, senza meno non vuole essere attribuita al caso. Stante lo zelo vigile e assiduo con cui i padri nostri si studiavano di provvedere acconciamente a tutte le bisogna, ci conviene dire, che la maravigliosa uniformità avesse sua radice e sua cagione nella natura stessa delle cose. Si è questa che imperando a tutti sovrana, ove sia identica in diversi luoghi e in diversi tempi, partorisce sempre i medesimi effetti.

§. CXLV.

Perocchè, innanzi tutto voi troverete la costituzione libera del comune. Ora siffatta costituzione dovea crearsi dal comune medesimo, perchè, completa almeno, non l'ebbe mai, nè poteva prenderla ad imprestito da leggi di popoli stranieri che non si erano organizzati in comuni, nè desumerla dalle legislazioni indigene; perocchè la romana nulla o ben poco valeva più pel diritto pubblico, la longobarda ed in generale le germaniche erano leggi per tribù guerriere e non per società civili, la feudale era la negazione di ogni libertà, tutte erano estranee od impari alla novella vita sociale.

Non senza molta soddisfazione si apprende, non esservi Statuto il quale non contenga molte regole di procedura, il cui complesso costituisce un vero codice,[1] che con gran pro-

[1] Stat. Lucensis civil. Lib. I, Cap. IX-CLXXIII; Statutum Ravennae Lib. II per tot.; Statutum Brixie, pars secunda, Statuta civilia cap. I e seg ; Statutum Paviae, Statutor. civil. cap. I e seg. Stat. Veronae Lib. II, de locat polit. et jud. causa et de ordine procedendi in causis civilibus et aliis etc; Statut. Parmae Lib. II passim; Statutum Mutinae Lib. II per totum; Statutum Ferrariae Lib. II cap. 1 e seg.; Stat. Romae Lib. I cap. XLI e seg.; Stat. Bononiae Lib. II, de jure reddendo in causis civilibus et de campanella pulsanda; Stat. Genuae Lib II e III, et alia Statut.

fitto per le nostre istituzioni potrebbe consultarsi dalle commissioni, incaricate di far progetti sempre nuovi. Il rito di giudizi doveva necessariamente formarsi di nuovo, essendo che il formalismo romano aveva fatto per sempre il suo tempo, e il rito germanico si riassumeva nelle prove dell'acqua e del fuoco.

Con identiche o analoghe ragioni si spiega l'esistenza degli Statuti criminali e delle altre parti attinenti più o meno strettamente al diritto pubblico.

§. CXLVI.

Ma quando al contrario si passa a considerare il giure privato, si comprende agevolmente che il diritto romano, giova ripeterlo, rimasto sempre in vigore in proporzione della conoscenza che se ne aveva e richiamato a novella vita e novello splendore, prima della compilazione degli Statuti, dalla gloriosa scuola di Bologna, era presupposto. Era pure presupposto il diritto longobardo, che già vedemmo aver acquistato in alcune provincie l'onore di essere considerato giure *comune* in un col diritto romano. O l'uno o l'altro di cotesti diritti, od ambedue contemperati a vicenda, regolavano convenien-

temente i rapporti privati. Gli Statuti quindi non avevano che a dettare norme pe' nuovi rapporti giuridici fra privati, che la novella costituzione sociale avesse mai creato o variare le norme antiche, se non si fossero trovate più in armonia coi costumi cambiati, cogli interessi nuovi, in somma con tutta la vita di una società, che si travagliava per pigliare uno stabile assetto, e che aveva una pugna intestina tra la virtù nativa, le patrie tradizioni, le idee cristiane e la barbarie degli elementi avveniticci.

Quindi è che si trova regolata la capacità dei minori, delle donne, dei figli famiglia e di altre persone, concernente i contratti ad altri atti; vi è determinata la maggiore età; vi sono riconosciute le attribuzioni del padre, intese alla educazione e correzione dei figli e vi sono stabiliti i modi con cui cessa la patria potestà.

Per simiglianti ragioni furono scritte negli Statuti molte leggi sulla *enfiteusi*, la quale in un certo periodo fu la forma più comune della proprietà, e sui *livelli*, modo di essere della proprietà sconosciuto al diritto romano; seppure non si voglia scorgere una qualche analogia coll'*ager pubblicus* e segnatamente coll'*ager vectigalis* dei Romani. E così consimili condizioni di

tempi avrebbero fatto sorgere spontanee istituzioni, che molto si assomigliano.

Parimente negli Statuti fu regolata la *reintegranda*, nella quale il Diritto canonico aveva trasformato l'interdetto, *Unde vi*.

Le campagne essendo coltivate non più da uomini addetti alla gleba, ma da liberi lavoratori, sono in quasi tutti gli Statuti molte regole sulla colonía o mezzadria e sulla soccida: intorno alle quali istituzioni è notissimo, che il diritto romano a cagione della schiavitù aveva lasciato pochissime ed incomplete disposizioni.

Sono ancora abbastanza comuni le disposizioni sui *commissari* o esecutori testamentari. Qui pure veggonsi chiari gli influssi del diritto canonico e la estensione delle fiducie.

Da ultimo s'incontrano bene spesso regolate le forme da osservarsi nei testamenti, nei codicilli e nelle donazioni *causa mortis;* perocchè regnava grande incertezza intorno alle medesime, non essendo più conformi ai nuovi costumi le forme del diritto romano, e avendo il diritto canonico avuto in mira più di assicurare la validità delle disposizioni fatte alle Chiese che di provvedere al generale bisogno de' cittadini.

§. CXLVII.

Sarebbe poi molto istruttivo il ricercare negli Statuti alcune e forse molte di quelle disposizioni, delle quali si fa onore al Codice Napoleonico benchè da secoli esistessero nei nostri Statuti; e più che istruttivo molto utile sarebbe il desumerne leggi sapientissime. Così gli Statuti di Brescia e di Pavia obbligarono in generale il successore particolare a stare alla locazione.[1] Lo stesso Statuto di Brescia, quello di Verona e parecchi della Marca picena dichiaravano, che il possesso dei beni del defunto passava di pieno diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione; ovvero davano facoltà all'erede di sperimentare tutti gl'interdetti o tutte le azioni competenti ai legittimi possessori contro chi pretendesse aver diritto sopra i beni dell'eredità,[2] siccome appunto sostanzialmente dispongono gli articoli 925 e 926 del Codice patrio: il primo de'quali fu desunto

[1] Statutum Brixiae, Pars secunda, Statut. civil. cap. CLIV, quando successor teneatur stare colono et inquilino; Stat. Paviae, Stat. civ. cap. LXXVII.

[2] Statutum Brixiae, pars secunda, Statuta civilia cap. CLXXXIX; Stat. Veronae, Lib. II cap. 81.

effettivamente dall'art. 724 del Codice Napoleonico, ma la sua origine è germanica. È giusto però l'osservare, che sino dal secolo XVI si era fatta prova di difendere col diritto romano il principio = *Le mort saisit le vif.* = La tesi non era vera, era però coerente alla massima, che l'erede continuava la persona giuridica del defunto.

Anche la presunzione di pagamento della dote dopo dieci anni dalla celebrazione del matrimonio, o dal termine stabilito per il pagamento, ha precedenti storici in molti Statuti. Ma qui in verità tutti attinsero al diritto romano.[1]

Procedendo innanzi, lo Statuto di Brescia ben più umano del Codice patrio, precedette in parte le famose leggi sull'abolizione dell'arresto personale per debiti, avendo ordinato che *mulier pro aliquo debito capi, vel detineri non possit, nec propter debitum in carceribus poni.*[2] E meglio ancora lo Statuto di Pavia stabilisce per regola il divieto di arrestare *pro debito privato.*[3]

Nè posso passare sotto silenzio, che lo stesso

[1] L. 3, Cod. de dot. aut. Nov. 100, cap. 2.

[2] Statutum Brixiae, pars secunda, Statuta civilia cap. CXXXIV.

[3] Statutum Paviae, stat. civ. cap. CLIV, quod nemo possit capi personaliter pro debito privato.

Statuto di Brescia da lungo tempo aveva dichiarato i pubblici uffiziali risponsabili verso i privati dei danni loro cagionati sia per inabilità, sia per negligenza.[1]

Alla sua volta lo Statuto di Milano provvedeva a che non si facesse la caccia dei volatili insettivori.[2]

§. CXLVIII.

Del resto tutti i rapporti giuridici fra privati, che non furono regolati dagli Statuti, rimasero subordinati o al diritto romano o al diritto longobardo, ambedue i quali non furono formalmente abrogati, se non colla pubblicazione de' nuovi codici; con questa differenza però, che mentre il primo ebbe sempre grande autorità e fu costantemente applicato, il secondo andò a poco a poco in disuso, cacciato, per così dire, dall'altro fornito della più potente ed ammirabile forza di espansione.

[1] Statutum Brixiae, pars secunda, Statuta civilia, cap. LXXXIX.
[2] Statutum Mediolani, de avibus et certis bestiis prohibitis capi.

§. CXLIX.

Nel diritto privato o civile propriamente detto *(Statuta Civilia)* gli Statuti si valsero in generale dei principî del diritto romano.

Ma nel diritto delle successioni si riscontrano evidenti gli elementi germanici, ora puri, ora adulterati dalla barbarie feudale.

Giusta il compito che ci siamo prefissi, portiamo particolarmente il nostro esame su quelle parti degli Statuti che regolano le successioni e specialmente le legittime.

§. CL.

Importerebbe discorrere innanzi tutto dell'organizzazione della famiglia negli Statuti, come principio e base della successione legittima.

Ma gli Statuti non regolano, almeno per intero, il diritto di famiglia. Pochi di essi accennano soltanto all'emancipazione; e solo l'istituto della tutela ha trovato posto, pressochè in tutti gli Statuti.

È notevole però che la più parte degli Statuti costringa i parenti e gli affini a far sperimento della conciliazione prima di promuovere la lite.

§. CLI.

Per altro dopo le osservazioni generali, non ha guari fatte, è facile spiegare l'assenza di leggi sulla parentela e sull'affinità, sul matrimonio e sui diritti e doveri che nascono dal medesimo, sulla filiazione, sull'adozione e sulla patria potestà. Perocchè sulla parentela e l'affinità, ove si fosse trattato di materie meramente civili, disponeva a perfezione il diritto romano, e ove si fosse trattato di materie che avessero relazione a idee religiose i nostri padri s'inchinarono al diritto canonico. Il matrimonio, chi non lo sa? non fu più un contratto civile e come tale soggetto al dominio della legge civile, ma si convertì in un sacramento, e come tale di esclusiva competenza dell'autorità ecclesiastica, la quale per meglio sovrapporsi a tutti aveva creato il suo diritto. Ma i diritti e i doveri, derivanti dal matrimonio e svolgentisi principalmente nell' ordine civile, erano regolati a dovere dal diritto preesistente e specialmente dal romano, reso per avventura più umano dall' influenza della pura carità cristiana. Tuttavia non pochi Statuti hanno leggi umanissime sull'obbligo della prestazione degli alimenti.

Lo stato de' figli, che ha un intimo ed essenziale rapporto col matrimonio, si trovava naturalmente soggetto nella massima sua entità al diritto canonico. L'adozione rientrava e si trovava bene nel dominio civile col diritto romano. In fine la patria potestà nell'ultimo periodo del diritto romano era ridotta quasi ne' giusti limiti di un ufficio di famiglia, avente per iscopo l'educazione de' figli, e si avvicinava tanto al *mundium* germanico, che la loro fusione era sì pronta e facile da non potersi avvertire neppure. Ora la patria potestà così costituita è in perfetta armonia coi principi assoluti direttivi dell'organizzazione della famiglia e della potestà del capo nella società domestica. Le leggi adunque, siano romane, siano longobarde, o le une e le altre armonicamente modificantisi, provvedevano perfettamente all'importantissimo istituto della patria potestà.

§. CLII.

Parrà forse a taluno che si voglia, per tal guisa, rappresentare la costituzione della famiglia nel periodo dei Comuni, come perfetta; quasicchè fosse a ciascuno dei parenti attribuita una somma di diritti ed imposta una somma di doveri, perfettamente proporzionale così all'entità

dei rapporti morali di famiglia in modo assoluto valutati, come alla forza del sentimento di amore sviluppatosi puramente e semplicemente per influsso di natura. Quindi sarà tentato a credere, che gli Statuti dovessero regolare la successione intestata, non già come le famose Novelle di Giustiniano, ma più perfettamente ancora.

§. CLIII.

Tuttavia la cosa procede ben diversamente, e conviene che ne spieghiamo le ragioni.

Passando pure sotto silenzio quel po' di favore, che nel diritto romano fu accordato alla mascolinità e immedesimato con l'agnazione, (onde in seguito favorire l'agnazione volle dire favorire i maschi); perocchè ciò può avere avuto ben poca e forse nessuna influenza ne' tempi a cui siamo discesi, deve ricordarsi, che le femine appresso i germani si trovavano nella famiglia in una condizione inferiore a quella dei maschi, essendo esse incapaci di adempiere i doveri di famiglia, che erano doveri di guerra: quindi per logica inferenza deducevasi che anche la loro compartecipazione ai diritti di famiglia non avesse a essere eguale a quella dei maschi. La condizione delle femine si continuò

a considerare inferiore a quella dei maschi sotto la feudalità, e ne fu già detta la ragione. Qui interessa di aggiungere che dalla feudalità nacque e le sopravisse un' aristocrazia territoriale feudale, che aveva naturalmente lo spirito di conservare nella famiglia la proprietà stabile, alla quale erano inerenti i titoli della nobiltà, e che in que' tempi era l'unica fonte di ricchezza.

§. CLIV.

Or bene, sarebbe da meravigliarsi che cotesto passato di oltre sei secoli fosse cessato di un tratto, e così completamente da non esercitare alcuna influenza sull'avvenire, e non già è da stupire che al risorgere della libertà e dell'eguaglianza nell'ordine pubblico, valesse ancora a mantenere una ineguaglianza di condizione fra maschi e femine nel diritto privato della famiglia. E tanto meno è da stupirne, se si consideri che ancor oggi, dopo tanti e incessanti colpi dati dalla filosofia, v'abbiano in Italia stessa una legislazione, la pontificia, che nell'ordine giuridico reputi la donna meno dell'uomo e che per ogni dove v'abbiano dei partigiani più o meno ardenti della preminenza dei maschi sulle femine.

§. CLV.

La condizione piuttosto depressa della donna si manifesta negli Statuti sotto molti aspetti.

Essa in generale vi è tenuta sotto tutela per tutta la vita.

Benchè madre od ava non è sempre considerata da tanto che le si possa affidare la tutela o la cura de' suoi figli o de' suoi nipoti, pe' quali darebbe pur la vita. Occorre sovente che il marito o il genero nel testamento le chiami a quell' officio, giudice domestico della loro capacità.

Ed in fine la donna nubile o maritata è dichiarata da tutti gli Statuti incapace di fare qualunque atto dal quale possa ricevere il più piccolo danno, senza il consenso degli ascendenti, o di altri parenti e pur anco del proprio figlio, disposizione quest' ultima grave, troppo grave; in mancanza di parenti, era richiesto il consenso di tre probi e prudenti cittadini.

§. CLVI.

Ma la maggiore e più solenne manifestazione della condizione della femina inferiore a quella dei maschi si aveva nel diritto successorio.

Le femine erano escluse dalla successione a vantaggio dei maschi.

La esclusione delle femine era in alcuni Statuti assoluta e non diretta al comodo di alcuno; di guisa che cotale esclusione poteva assimilarsi ad una vera incapacità di succedere.

Ma affrettiamoci a dire ad onore de' padri nostri, che la massima parte degli Statuti escludeva le femine soltanto in modo relativo e generalmente per favorire l'agnazione. Laonde mancando le persone per comodo delle quali le femine erano escluse, cessava naturalmente la esclusione medesima.

§. CLVII.

Ma il favore dell'agnazione fu preso variamente dagli Statuti per causa secondaria e primaria della esclusione delle femine dalla successione.

Di fatti in alcuni Statuti la esclusione delle femine non era nè pura, nè perpetua ma subordinata alla costituzione della dote, onde veniva comunemente chiamata *esclusio propter dotem*.

Con siffatta esclusione si ebbe certamente in mira il favore dell'agnazione, ma la causa

prossima della medesima fa la dote piuttosto che l'agnazione, considerandosi che la dote ricevuta dalle femine e con cui avevano potuto maritarsi, costituisse sufficiente soddisfazione del diritto di famiglia, che esse potevano invocare e che perciò non avessero diritto ad altro, ed in specie alla legittima.

Donde seguiva in senso inverso, che le femine non dotate conservavano il diritto di conseguire la legittima sulla successione testata del padre, e di concorrere con i maschi alla successione intestata. Per tal guisa la prerogativa de' maschi era subordinata alla volontà del testatore ed anco abbandonata alle eventualità del caso.

Al contrario la esclusione delle femine che fosse pura e non subordinata alla dotazione, aveva effetto in modo assoluto a favore dei maschi agnati, quand'anche le femine non avessero ricevuta alcuna dote. Laonde cotale esclusione aveva luogo, giusta la volgare espressione, *non propter dotem, sed propter masculos.*

Dal ravvicinamento di queste due specie di esclusione risulta che nella esclusione *propter dotem*, la dote teneva luogo della legittima, nella esclusione *propter masculos*, era un debito dell'eredità.

§. CLVIII.

Passando poi a considerare la *inclusione* dei maschi agnati, alcuni Statuti li favorirono al tempo stesso, come conservatori della famiglia e come eredi del sangue e della legge; altri al contrario lasciavano al testatore la facoltà di designare i maschi agnati che dovevano conservare la famiglia ed erano perciò favoriti non come eredi del sangue e della legge, ma come eredi dell'uomo.

In cotesta facoltà di parzialissima predilezione per uno degli agnati e per la sua linea, che fu accordata al testatore, e nello spirito agnatizio fortemente prevalente trovasi la causa de' fidecomissi, delle primogeniture e de' maggioraschi, che potrebbero ben chiamarsi il *piccolo feudalismo.*

Ma dall'altro canto questa facoltà era per un padre umano un mezzo di riparare alla iniquità della esclusione delle sue figlie femine; perocchè egli poteva istituirle eredi e per tal guisa attribuir loro la qualità di *agnate* e reintegrarle nei *diritti di suità*, e farle succedere, come se fossero maschi. Mentre al contrario la prima maniera d'inclusione dei maschi agnati

includeva tale esclusione delle femine, che non poteva essere modificata affatto dalla volontà della persona della cui successione si trattava.

§. CLIX.

Nè bastava allo spirito agnatizio che dominò nei passati tempi la esclusione legislativa; esso spinse i Dottori a sostenerla quasi con accanimento e con avversione ributante contro le femine.

In effetto di fronte a qualche giureconsulto che, di mente superiore e di cuore umano, dettava, essere assolutamente odiosa ed irragionevole la esclusione delle femine; essere iniqua, ingiusta ed inumana, quando tornava a vantaggio di parenti remoti, sorse una falange di giuristi che a squarcia gola gridavano essere assolutamente favorevole la esclusione delle femine, perchè intesa a favorire l'agnazione che si conservava con le ricchezze, e perchè la conservazione delle famiglie tornava a pro e lustro dello Stato.

Quindi potè stabilirsi dalla giurisprudenza che la esclusione delle femine doveva aver effetto eziandio a favore del maschio che si fosse fatto monaco, e che in sostanza il monastero, capace di posseder beni, dovesse succedere con esclu-

sione delle stesse sorelle del monaco. E questa esclusione delle femine anche a benefizio del Monastero in cui il maschio agnato aveva fatta professione monastica, dovette essere abbastanza generale, poichè v'hanno degli Statuti che hanno dichiarato formalmente non aver luogo a favore del Monastero medesimo.[1]

È però debito di giustizia il riconoscere che la giurisprudenza in tempi meno lontani cambiò indirizzo, e si mostrò proclive a favorire le femine. Così, per dire alcuna cosa particolare, si diede effetto alla istituzione delle femine fatta dal padre, anche allora, che la prerogativa della masculinità agnatizia era protetta dalla legge, ed era stato tolto per tal guisa al testatore ogni potere di attentare alla medesima.

§. CLX.

Oltrechè per favorire l'agnazione, le femine da alcuni Statuti furono escluse dalla successione, anzi furono dichiarate incapaci di succedere non solo *ab intestato*, ma eziandio *ex testamento*, nel caso che esse si fossero maritate con un uomo

[1] Statutum Veronae, Lib. II, cap. 83; Statutum Mutinae, Lib. II, rub. 152; Statutum Ferrariae, Lib. II, cap. 143.

domiciliato fuori del territorio in cui imperava lo Statuto.

Questa esclusione conosciuta sotto il nome di *esclusio propter nuptias extra territorium*, fu certamente ispirata da quella diffidenza continua, profonda ed ostile che l'un comune nutriva contro il suo vicino, ed ebbe per iscopo d'impedire che le rendite de' fondi compresi nel proprio territorio, passassero nel territorio del vicino comune, che, grave ed intollerabile cosa era, si avvantaggiasse dei prodotti nati in terra, quasi straniera, e probabilmente nemica.

Non è quindi da meravigliarsi del tenore quasi fiero con cui è imposta negli Statuti tale esclusione, che per tal guisa apparisce ancor meglio tirannica, qual'è in effetto. Udite fra gli altri lo Statuto di Brescia: « Nulla, così esso ordina, nulla mulier se nubat, cum bonis immobilibus, nec hereditate, extra Iurisdictionem comunis Brixiae et si nupta fuerit extra dictam Iurisdictionem, non habeat dicta bona immobilia, hereditatem, neque eorum pretium; neque succedat alicui de Iurisdictione comunis Brixiae ex testamento, vel ab intestato: sed illae hereditates et bona immobilia, et eorum possessio statim et incontinenti perveniant, et ipso jure pervenisse intelligantur in illum, seu illos, qui tenent

primam causam successionis post eam, ex testamento illius, a quo talis mulier ipsa bona et hereditatem habuit, seu habitura est, sive ab intestato, secundum formam Iuris et Statutorum. Et idem sit, et intelligatur de omnibus descendentibus talium mulierum, qui nati fuerint, ex non supposito comunis Brixiae. Sed si nupserit ut supra, datori debeat arbitrio amicorum comunium.[1]

§. CLXI.

Ma se dai caratteri generali della esclusione delle femine, uniformi in presso che tutti gli Statuti, volessimo scendere all'esame delle disposizioni de' singoli Statuti, troveremmo varietà infinite sulla estensione della esclusione medesima.

Tuttavia anche sotto questo rapporto gli Statuti possono distinguersi in due categorie, comprendendo nella prima quelli che contengono un'esclusione universale, e nella seconda quelli nei quali la esclusione è particolare.

V'hanno in fatti degli Statuti che escludono

[1] Statutum civile Brixiae cap. 163; Vedi pure Statutum Ravennae, V, 33; Statutum Mutinae, Lib. II, rub. 136.

le femine da ogni successione e qualunque sia la natura dei beni ereditari. Così v' hanno degli Statuti che escludono le femine dalla successione non solo degli ascendenti paterni e dei collaterali agnati, ma eziandio della madre,[1] e senza alcuna limitazione in ordine alla natura dei beni, siano cioè essi mobili od immobili.

V' hanno parimente degli Statuti che escludono le femine non solo a favore dei parenti agnati dello stesso grado, ma eziandio a favore di parenti di grado più remoto. Così lo Statuto di Camerino escludeva le femine dalla successione del padre a favore dello zio paterno,[2] e quello di Terni le escludeva non pure a favore dei loro fratelli, ma eziandio a favore dei discendenti di questi.[3]

§. CLXII.

Altri Statuti al contrario escludono le femine da alcune successioni soltanto, o si limitano ad escluderle dalla successione in ordine a determinati beni o per favore di una determinata

[1] Statutum Romae, Bononiae, Patavina, ecc.

[2] Statutum Camerini Lib. II Rub. 119.

[3] Statutum Civitatis Interamnae. Lib. II. Rubrica quod Mulier dat non succ.

classe di agnati. Così lo Statuto di Venezia escludeva le femine dalla successione dei soli parenti maschi, mentre in ordine alla successione delle parenti femine erano pareggiate in tutto ai maschi, fossero nubili maritate o vedove.[1] Inoltre se la femina non era maritata e dotata, consuccedeva co' maschi nella successione dell'agnato defunto nei beni mobili, che in Venezia, città supremamente commerciale, dovevano rappresentare una parte notevole della ricchezza privata, e dare per tal guisa importanza eccezionale a cotale diritto di successione. Che anzi se i beni mobili che ereditava, non fossero stati sufficienti per la costituzione della dote, aveva diritto al supplemento sui mobili ed anche sugl' immobili ereditati dai maschi. Più ancora: se non conseguiva, entro un termine relativamente breve, il supplemento della dote, era ammessa alla successione anche dei beni immobili.[2] In fine lo stesso Statuto di Venezia escludeva dalla successione del padre le figlie femine a favore di figli maschi, ma in mancanza di figli le chiamava a consuccedere con i nipoti *ex filio*.

[1] Statutum Venet. IV, 28.
[2] Statutum Venetiarum IV, 25.

Così ancora lo Statuto di Lucca escludeva le femine descendenti soltanto di fronte ai maschi parimenti discendenti, ma le preferiva ai collaterali agnati.[1] Solamente coi nipoti e colle nipoti *ex filio* erano chiamati a consuccedere in una parte il padre o altro ascendente paterno del defunto ed in mancanza di questi, i suoi fratelli.

§. CLXIII.

Dall' esame, per quanto sommario, della esclusione delle femine dalla successione, o *propter dotem*, o *propter masculos*, o *propter nuptias extra territorium*, che fu parte precipua del diritto successorio negli Statuti, passiamo ora a vedere come la successione fosse regolata in riguardo agli altri parenti, avvertendo però che anche di questo soggetto ci studieremo di ritrarre i caratteri generali, tralasciando gli svariatissimi particolari, la esposizione de' quali d'altronde non riescirebbe tanto interessante, quanto noiosa.

È chiaro del resto che il carattere generale è sempre quello del favore dell' agnazione. Le varietà particolari si aggirano solamente sul

[1] Statutum Lucens. civit. Lib. II cap. VIII.

maggiore o minore sacrifizio dei diritti di sangue, che è stato fatto all'agnazione medesima.

§. CLXIV.

Al padre e agli ascendenti paterni succedevano i figli e i discendenti maschi da maschi, ed in mancanza di questi, i discendenti maschi da femine tanto per diritto proprio, quanto per diritto di rappresentazione. In mancanza dei discendenti maschi, erano chiamate le discendenti femine o sole o in concorso con gli ascendenti paterni ed anche con i collaterali.[1] Ma questa regola andava soggetta ad eccezione in qualche Statuto, che alle discendenti femine preferiva i collaterali agnati, siccome ci è occorso di notare superiormente.

Alla madre e agli ascendenti materni in alcuni Statuti succedevano i figli discendenti dell'uno e dell'altro sesso. In altri Statuti il diritto di successione delle femine era limitato alla sola dote lasciata dalla madre. Altri Statuti in fine escludevano le femine dalla successione anche in ordine alla dote della loro madre.

[1] Vedi stat. Genuae 148 stat. Ravennae, III, 12 e 20 stat. Luc. Civ. Lib. II cap. VIII.

Era sovente complicato il diritto dei figli di succedere alla madre, quando essi procedevano da più matrimoni. Ed in taluni Statuti si complicava ancor maggiormente col distinguere, se la madre moriva maritata o vedova.[1]

I figli legittimati nella maggior parte degli Statuti erano pareggiati ai legittimi.[2] Secondo altri Statuti al contrario la legittimazione non conferiva, in ordine alla successione legittima, gli stessi diritti appartenenti ai legittimi, almeno senza speciali condizioni.[3]

In quanto agli adottivi pochissimi Statuti contengono disposizioni che li riguardino. Laonde deve ritenersi che l'adozione si fosse lasciata sotto l'impero del diritto comune.

§. CLXV.

Alle persone che non lasciavano figli e discendenti succedevano in generale il padre

[1] Vedi stat. Luc. civit. Lib. II, cap. XX e XXII.

[2] Stat. Luc. cit. Lib. II, cap. X.

[3] Statutum Ferrariae, Lib. II, cap. CXLII. La ragione che ne assegna non dimostra gran sapienza legislativa nei compilatori di tale Statuto, » Cum ex lege Mosaica, quivi è detto, vel veteri sancitum sit, non erit filius ancillae heres cum filio liberae, et *ut facilius, et ardentius studeant omnes ad procreandam sobolem legitimam*; statuimus etc. »

ed in mancanza, il più prossimo ascendente della linea paterna; eccettuati però i beni che erano provenuti dalla madre del defunto ed in generale dalla linea materna, perocchè alla successione di questi beni erano chiamati i fratelli germani e, questi predefunti, i loro figli ed, in mancanza di questi, le sorelle parimente germane e, queste predefunte, i loro figli; e solo in mancanza di questi, era chiamato il padre e gli ascendenti paterni, ed ultimi gli ascendenti materni. In alcuni Statuti però la madre era chiamata a consuccedere con le sorelle del defunto. Altri le attribuivano una parte di proprietà. Altri in fine le assegnavano l'usufrutto della quota legittima.

I figli e i discendenti chiamati alla successione si dividevano l'eredità per capi o per stirpi, secondo che succedevano per diritto proprio o di rappresentazione; purchè uno degli ascendenti non avesse istituito primogeniture, maggioraschi, fedecommessi, con i quali aveva potuto disporre de' suoi beni per secoli, e anche in perpetuo, secondo esso, privando per tal guisa i suoi più lontani discendenti dei diritti di famiglia, che pei vincoli di sangue sarebbero loro appartenuti.

§. CLXVI.

La successione fra i collaterali era anche essa determinata or più or meno dal favore dell'agnazione, trovandovisi in generale i collaterali maschi preferiti alle femine, non solo nell'eguaglianza ma anche nell'ineguaglianza di gradi, e sovente senza riguardo alla provenienza dei beni. Così, se ad alcuno sopravvivevano nipoti maschi e nipoti femine nati da una sua sorella, i nipoti maschi erano preferiti alle nipoti femine.[1]

Che se in qualche Statuto le femine erano ammesse alla successione in concorso con i maschi agnati, esse conseguivano soltanto una parte di ciò che, non escluse, avrebbero avuto.[2]

§. CLXVII.

La successione fra coniugi era regolata assai variamente e spesso senza reciprocità.

In effetto alcuni Statuti accordavano al marito l'usufrutto, durante la sua vita, sui beni della

[1] Statutum Veronae II, cap. LXXXVII e seg.
[2] Vedi Stat. Luc. civ. Lib. II, VIII.

moglie defunta nei quali erano succeduti i figli o le figlie. Altri gli concedevano il diritto di succedere in parte ed anche in tutto nella dote, quand'anche esistessero figli. Altri al contrario lo chiamavano a succedere in parte o in tutta nella dote, solo allora che mancavano figli.[1]

In mancanza dei figli, alcuni Statuti si riferivano al diritto comune intorno alla successione fra coniugi: altri vi provvedevano essi medesimi,[2] ordinariamente con danno della moglie, giusta l'ispirazione delle idee agnatizie. Così, a mo'di esempio, lo Statuto di Modena accorda alla moglie povera il solo usufrutto e non la proprietà, in concorso degli agnati sino al quarto grado della computazione canonica.

§. CLXVIII.

Da ultimo, per ciò che concerne i figli naturali, pochi Statuti regolano i diritti successori dei medesimi, lasciando per tal guisa implicitamente in vigore le disposizioni del diritto comune e forse anche del diritto canonico. Negli Statuti poi che hanno preso cura de' figli naturali

[1] Statut. Luc. civit. Lib. II, cap. XX; Statuta Patavina de succ. mulier.

[2] Statut. Luc. civil. Lib II, cap. XXIII.

nelle leggi successorie, i diritti loro accordati sulla eredità intestata dei loro genitori variavano anche essi secondo lo spirito che informava gli Statuti medesimi.

Così qualche Statuto accorda ai figli naturali sulla eredità intestata del padre, che non lasci figli o figlie legittime e loro discendenti, gli alimenti sino a diciotto anni e la quarta parte dei beni ereditari; altri accordano loro soltanto una quota di beni, che era sommamente varia.

Parimente pochi Statuti regolavano la successione lasciata dal figlio naturale. Noterò fra questi lo Statuto di Genova che deferiva la successione del figlio naturale ai discendenti suoi o agli ascendenti e ad altri parenti agnati, come se quegli fosse legittimo.[1]

§. CLXIX.

Dalla successione intestata passando alla testamentaria, per quanto possa essere in relazione col nostro soggetto, è facile il comprendere, come le limitazioni imposte alla libertà di disporre per testamento in omaggio e ricognizione

[1] Statutum Genuae Lib. V, cap. XXIV.

dei vincoli di sangue e delle obbligazioni morali derivanti dai medesimi, dovessero essere ben lievi per riguardo alle femine, escluse dalla successione. Perocchè il padre non era tenuto a lasciare alle figlie ed altre discendenti femine la legittima, ma solo a costituir loro una dote, variamente detta, *conveniente*, *idonea*, *sufficiente*, *congrua*. E alla sola costituzione della dote era obbligato il padre anche da quelli Statuti che gli lasciavano la piena facoltà, il pieno arbitrio di escludere le femine, od invece di chiamarle alla successione insieme con i maschi, ed anche con esclusione di questi, e che gli vietavano eziandio di diseredare i figli senza giusta causa.[1]

Ed invero fra gli altri, lo Statuto di Lucca benchè possa noverarsi fra i più liberali, equi ed informati agli umanissimi principî del diritto romano, nel Capo IV del Libro secondo, dopo dichiarato che ai figli, alle figlie e ai loro discendenti *(filiis, filiabus et ex eis discendentibus)* possa lasciarsi la legittima a qualunque titolo, derogando per tal guisa alla disposizione di Giustiniano, esaminata superiormente, e dopo concessa al padre la facoltà di istituire erede qualunque de' figli o delle figlie

[1] Statutum Luc. civil. Lib. II, cap. VIII e XVI, et alia.

o dei loro discendenti, sotto l'obbligo però di lasciare la legittima agli altri che non avessero meritato la diseredazione, dichiara che egli possit etiam filios masculos, et alios ex se descendentes per lineam masculinam in totum instituere heredes, *filiabus faeminis a successione esclusis, ita tamen quod filiabus dotem constituat idoneum.*

§. CLXX.

Ma verso i maschi non esclusi il padre e gli altri ascendenti avevano l'obbligo di lasciar loro la legittima.

Per quanto concerne il titolo con cui la legittima doveva lasciarsi e la quantità della medesima, alcuni Statuti si riferivano puramente e semplicemente al diritto comune, al *jus* civile, cioè al diritto romano, altri regolavano diversamente cotali materie. Così abbiamo veduto che lo Statuto di Lucca permetteva che la legittima si lasciasse a qualunque titolo, ora aggiungiamo che, dopo richiamate le disposizioni del diritto romano, le modificava eziandio per riguardo alla quantità della legittima, avuto riguardo al numero e al sesso dei legittimari.[1]

[1] Statutum Lucensi civit. Lib. II, cap. VIII.

§. CLXXI.

Altre restrizioni alla libertà di disporre per testamento erano imposte dagli Statuti contro od a favore dei figli naturali, secondo che si riguardino, come intese a garantire i maggiori diritti dei figli legittimi, o come dirette ad assicurare ai figli naturali medesimi un emolumento sulla eredità del padre. Queste restrizioni erano maggiori a danno dei figli adulterini ed incestuosi che dei figli semplicemente naturali, ed erano parimente maggiori a danno delle figlie naturali che dei figli.

Così lo Statuto di Lucca non dava facoltà al padre, che lasciava figli e figlie legittimi o loro discendenti, di dare ai figli naturali più degli alimenti, sino all'età di diciotto anni, e più della sesta parte della eredità. Ma al contrario, se avesse fatto testamento e avesse preterito i figli naturali, questi avevano diritto di conseguire dagli eredi di lui gli alimenti sino all'età di diciotto anni e la dodicesima o la quarta parte dell'eredità, secondo che erano eredi istituiti i figli, o le figlie legittime o i loro discendenti o altre persone.

Verso le figlie naturali gli eredi del padre non avevano che l'obbligo di alimentarle e di dotarle.

Ai figli adulterini e incestuosi poi, giusta la maggior parte degli Statuti, potevano lasciarsi od erano riservati gli alimenti: qualche Statuto, come quello di Lucca, accordava loro anche una parte dell'eredità.

§. CLXXII.

Da ultimo non posso passare sotto silenzio le restrizioni imposte al diritto di disposizione del marito a danno della moglie; restrizioni così odiose che sembrano inverosimili e dimostrano chiaramente, quanto poco degnamente sia stata valutata da' nostri padri la condizione di moglie. In vero lo Statuto di Pavia permette al marito di lasciare alla moglie i soli alimenti, e tutto al più l'usufrutto, che perdeva, non solo passando a secondi voti, ma eziandio non vivendo castamente, cosicchè gl'interessati potevano sindacare costantemente la vita, per quanto intima, della disgraziata vedova.[1] Lo Statuto di Ferrara dà facoltà all'erede di esimersi dal pagare alla vedova il legato lasciatole

[1] Statutum Paviae, rub. 90 e 123.

dal defunto marito, restituendole prontamente la dote.[1] E, passando sotto silenzio altri Statuti, quello di Genova vieta al marito di legare alla moglie la proprietà anco delle vesti, delle suppellettili, degli *ornamenta aurea et argentea jocalia vel annulos:* che anzi lo stesso godimento de' medesimi, lasciatole dal marito, non era nè assoluto nè perpetuo, esistenti dei figliastri.[2]

§. CLXXIII.

Dovrei ora entrare nel periodo moderno che incomincia dal 1789. Se non che nel nostro paese, esiste ancora una Sovranità, la papale, che non appartiene ai tempi moderni, ma al medio evo e che, conseguente, mantiene molte leggi de' tempi che furono. Fra queste figura la legge della successione legittima. Laonde la natura delle cose più che l'ordine delle idee mi costringe a confinare nell'ultimo periodo del medio evo, cioè nel periodo statutario, la legislazione che tuttora impera tiranna sugli sventurati nostri fratelli che la forza tiene sotto il giogo della teocrazia papale.

[1] Statutum Ferrariae, II, CXLIV.
[2] Statutum Genuae, Lib. V, cap. XVII.

Dopo la legge pontificia toccheremo pure delle disposizioni agnatizie che furono richiamate in vigore dai Duchi di Lucca e di Toscana.

Ci riserviamo poi di notare negli opportuni luoghi le leggi parimente agnatizie conservate ne' Codici che ressero gli altri vari Stati italiani.

§. CLXXIV.

Restaurato dal Congresso di Vienna il dominio temporale de' Pontefici romani, Pio VII nel suo *Motu-proprio* mantenne la esclusione delle femine dalla successione per favorire l'agnazione, siccome erano state escluse dagli Statuti.

Leone XII e, dopo esso, Gregorio XVI nei rispettivi *Motu-propri* mantennero la esclusione medesima.

L' uniformità e quasi l'identità delle disposizioni di cotali *Motu-propri* mi dispensano dall' esaminarli distintamente. Tuttavia, ove sia conveniente ed utile, noterò le differenze.

§. CLXXV.

Pertanto, giusta il *Motu-proprio* gregoriano, chiamato ancora *Regolamento legislativo e Giu-*

diziario per gli affari civili, le femine sono escluse a favore dei maschi agnati, tanto se discendenti, quanto se ascendenti della persona della cui successione si tratta.[1] Alla sola madre, qualora non sia vivente il padre, rimane preservata la luttuosa consuccessione alla eredità del figlio in preferenza all'avo o altro ascendente più remoto, o la consuccessione in concorso dei fratelli germani e dei fratelli consanguinei del defunto: la divisione si fa allora in parti eguali.[2]

E tanto se discendenti, quanto se ascendenti, le femine sono escluse dai maschi, benchè questi siano di grado, più remoto senza limite alcuno.[3]

Ma nella eredità dei collaterali maschi, le femine coi loro figli e discendenti dell'uno e dell'altro sesso, quantunque in eguale o in più prossimo grado, sono escluse dai maschi agnati congiunti col defunto fino al terzo grado della computazione civile inclusivamente.[4]

Dalla stessa eredità dei collaterali sono escluse in concorso con i medesimi maschi ed agnati

[1] Art. 9 e 10.
[2] Art. 10, alinea 2.°
[3] Art. cit.
[4] Art. 11.

le avole, proavole ed altre ascendenti femine di ambedue i lati, come ancora gli ascendenti maschi del defunto per lato materno, salva però, ne' congrui casi, la legittima.[1]

In tutti gli altri casi, succedono i maschi e le femine, giusta il diritto novissimo giustinianeo.[2]

Da ultimo cessa affatto la esclusione delle femine, in ordine alla eredità intestata di femine, tanto nella linea diretta discendentale, quanto nell'ascendentale e collaterale; e quella della figlia o di altra discendente, cessa pure del tutto, in ordine alla eredità intestata del padre, dell'avo o altro ascendente, morti senza figli o discendenti maschi ed agnati.[3]

§. CLXXVI.

I cognati sono esclusi dalla successione dagli agnati, come le femine,[4] e viceversa, come queste, ne' congrui casi, vi sono ammessi.[5]

[1] Art. 13.
[2] Art. 14.
[3] Art. 16 e 17.
[4] Art. 9.
[5] Art. 13 e 16.

§. CLXXVII.

La esclusione delle femine dalla successione, siccome intesa a favorire l'agnazione, ha luogo, abbiano o no ricevuto la dote.

La dote a cui le femine avevano diritto per disposizione dei *Motu-propri* piano e leonino, e possono pretendere giusta il Regolamento gregoriano è quella chiamata vagamente dote *congrua*, salvo il caso in cui restino escluse le figlie di un fratello predefunto, potendo esse allora conseguire, per ragione di dote, la porzione di legittima che al loro padre sarebbe spettata se fosse stato superstite all'apertura della successione.[1]

Tuttavia è debito di giustizia il riconoscere che ove le donne non avessero ricevuto dote o la ricevuta non fosse stata congrua, il *Motu-proprio* piano fu verso le medesime più umano di tutti gli Statuti e de'due *Motu-propri* successivi. Perocchè esso ordinò che in que'casi la dote loro dovuta fosse equivalente alla *porzione legittima.*[2] Questa disposizione su quella degli Statuti aveva due rilevantissimi vantaggi;

[1] Art. 27.
[2] Art. 413

avvegnachè determinata dalla legge la quantità, il diritto della dote era sottratto, per questo riguardo, all'arbitrio del debitore. Secondariamente la quantità della dote era maggiore di quello che fosse negli Statuti, proclivi troppo a conservare ed anche a cumulare i beni in poche famiglie.

§. CLXXVIII.

Ma questa umanità di Pio VII tramandava forse per certuni un qualche odore dei principî democratici che avevano distrutto parecchi troni, abolito tutti i privilegi e che turbavano i sonni dei monarchi che regnavano per sè sotto la sacrilega invocazione della Divinità. Certo è, che la guerra e il bando intimati e perseguitati virilmente contro i principî democratici colpirono eziandio le conseguenze, per quanto lontane e languidissime, de' principî medesimi.

L'anzidetto riguardo avuto dal *Motu-proprio* piano disparve dal *Motu-proprio* di Leone XII. Perocchè in questo fu imposto alle donne di tenersi soddisfatte della dote congrua, e di non poter conseguire che la dote congrua.[1] E, come già il suo antecessore, ordinò, doversi aver sem-

[1] Art. 128.

pre per congrua quella dote con cui la femina era stata collocata in matrimonio con persona di pari condizione.[1] Divenga la donna organo di riproduzione e istrumento di piacere di un uomo della sua condizione e basta!

§. CLXXIX.

Naturalmente Gregorio XVI calcò le orme di Leone, ed ordinò nel suo *Motu-proprio* doversi alle femine escluse dalla successione la dote congrua.[2]

Si volle dare nello stesso Regolamento le norme per decidere se la dote costituita fosse congrua o no, essendosi quivi ordinato che la misura della congruità della dote si determinasse, avuto riguardo alla condizione e alle forze del patrimonio della famiglia, all' uso vigente della medesima ed alla consuetudine osservata nel luogo dalle altre famiglie di egual condizione.[3] Ma si aggiunse immediatamente; doversi avere sempre per congrua quella dote con la quale la femina venne *onestamente collocata.*[4]

[1] Art. 127.
[2] Art. 18 e 19.
[3] Art. 20.
[4] Art. 21.

§. CLXXX.

Se le femine escluse dalla successione degli ascendenti non abbiano conseguito la dote o questa non sia stata congrua, esse hanno diritto di conseguire l'intera dote o il suo supplemento sui beni della successione.[1]

I fratelli per altro che le escludono dalla successione e che divengono debitori della dote non sono obbligati a consegnarla alle loro sorelle innutte, che allorquando seguirà il loro collocamento, o giunte che siano alla età di anni venticinque compiuti senza essere collocate. E neppure in questo secondo caso e in tale età conseguono la proprietà e la libera disponibilità della dote medesima: no signore: allora i fratelli debbono implorare l'ufficio dei giudici, affinchè la dote sia investita e posta in salvo pel caso di futuro matrimonio.[2]

§. CLXXXI.

In ordine alla successione testamentaria, il *Motu-proprio* Gregoriano contiene alcune regole

[1] Art. 18 e 19.
[2] Art. 22.

sulle forme da osservarsi nel testamento,[1] riferendosi però o al diritto comune, o alle norme e cautele di costume, o alle istruzioni apostoliche.

Anche per ciò concerne il contenuto del testamento e specialmente la legittima si riferisce parimente al diritto comune. Ma determina la quantità di questa, quando sia dovuta alle avole o agli ascendenti del defunto per lato materno. Allora la legittima è il terzo del terzo della intiera eredità, se gli eredi scritti nel testamento saranno i fratelli o le sorelle del testatore, o i loro figli, e il terzo di tutto l'asse qualora siano istituite eredi persone diverse. Se poi la eredità sia lasciata in parte ai fratelli e sorelle o ai loro figli e in parte ad altre persone, si applicano distintamente queste due regole, cioè la legittima sarà il terzo del terzo rispetto ai primi, e il terzo dell'intero rispetto alle seconde.[2]

§. CLXXXII.

Da ultimo vanno ricordate le leggi concernenti i fidecomessi che si contengono nell'anzidetto regolamento.

[1] Art. 33-37.
[2] Art. 31.

Esse incominciano dall'accordare a chiunque abbia la libera facoltà di disporre delle sue sostanze il diritto di creare fedecomessi dividui o individui, tanto per atto fra vivi, quanto ancora per testamento od altro atto di ultima volontà; passano quindi a determinare i beni sui quali si possa costituire il fedecomesso, o il maggiorato o altra istituzione, e che sono i beni immobili sui quali può stabilirsi l'ipoteca. In aggiunta però e come appendice di questi beni possono sottoporsi al medesimo vincolo fidecomissorio:

1.° Le raccolte di statue, di pitture, di monumenti antichi, d'istromenti o macchine di fisica, di astronomia, di anatomia, i gabinetti di storia naturale, le biblioteche e generalmente le collezioni di oggetti che riguardano scienze o arti;

2.° Un capitale di gioie, gemme, oro o argento lavorato o di altri oggetti preziosi.[1]

§. CLXXXIII.

Passo sotto silenzio le Costituzioni del Ducato di Modena promulgate nel 1771 richia-

[1] Art. 38-49.

mate in vigore dopo la restaurazione, e abrogate nel 1851, come appresso diremo, e noto invece che anco la legge sulle successioni intestate, promulgata in Toscana il 18 agosto 1814, era informata dallo spirito agnatizio a danno delle femine.

In vero nella successione della linea discendentale, i figli e i loro discendenti maschi di maschio succedevano in tutta la eredità del padre o altro ascendente maschio della linea paterna, in esclusione delle figlie o altre discendenti femine, e dei discendenti da esse, qualunque fosse il loro grado di prossimità. Che anzi le figlie o altre discendenti femine, e i discendenti da esse, qualunque fosse il loro grado di prossimità, erano egualmente escluse dalla successione, nella eredità della madre, dai figli nati da qualunque matrimonio, e dai loro discendenti maschi di maschio, e così non solo dai fratelli germani, ma eziandio dai fratelli uterini e dai maschi di maschio discendenti dai medesimi. [1]

Parimente nella successione devoluta agli ascendenti, il padre e gli ascendenti maschi

[1] Legge sulle successioni intestate del 18 agosto 1814, Art. VI e seg.

della linea paterna escludevano la madre, e le ascendenti femine tanto della linea materna quanto della paterna: la madre, notabile esempio dell'iniquo egoismo dello spirito agnatizio, non aveva altro diritto sulla eredità del figlio che quello degli alimenti.[1]

Da ultimo anche nella successione dei collaterali i fratelli del defunto e i figli maschi dei fratelli premorti e gli agnati maschi trasversali fino al quarto grado inclusivo escludevano le femine.[2]

Ma l'anzidetta legge trattava le femine e i loro discendenti esclusi meno iniquamente degli Statuti e dei *Motu-propri* pontifici, concedendo loro la legittima.[3]

Non debbo neppure tacere che la medesima legge largheggiava sull'attribuzione della legittima, accordandola non solo ai discendenti e agli ascendenti, ma eziandio ai fratelli e alle sorelle del defunto, quando fossero altrimenti succeduti *ab intestato.*[4]

[1] Leg. cit. Art. XVI e seg.

[2] Leg. cit. Art. XXIII e seg.

[3] Leg. cit. Art. XXXII e seg.

[4] Legge sulla patria potestà ecc, i testamenti, i codicilli e la porzione legittima del 15 nov. 1814, Tit. della legittima.

§. CLXXXIV.

Alla sua volta nel preambolo del decreto relativo alle successioni intestate promulgato dalla Duchessa di Lucca il 22 nov. 1818, riconosce; il sistema delle successioni intestate stabilito dal Codice Napoleonico (quivi in vigore) non essere consentaneo alla situazione politica dello Stato, trovarsi in opposizione con le leggi adottate da altri Stati d'Italia, e meritar perciò un pronto e sostanziale cambiamento, con cui venissero a conciliarsi i riguardi dovuti all'agnazione con quelli che senza offendere le leggi di natura non si potrebbero negare nei vincoli di sangue.

La legge lucchese era meno agnatizia della toscana. Essa non escludeva le femine non solo dalla successione della madre e delle altre ascendenti femine della linea paterna e materna, ma neppure da quella degli ascendenti maschi della linea materna, e trattava meno iniquamente la madre esclusa.

Inoltre con decreto del 17 novembre 1824 fu notevolmente temperata la esclusione delle femine, essendosi riconosciuto, giusta le espressioni del Decreto, che la concessione della

successione fatta agli agnati maschi fino al quarto grado inclusivamente nell'eredità di un maschio a preferenza della madre, delle sorelle e di altri più prossimi parenti cognati, non era senza qualche eccesso a fronte specialmente delle leggi naturali.

Ho voluto notar ciò, come esempio di riproduzione del lavorio delle idee e del sentimento della famiglia naturale, che già ci apparve si meraviglioso nel diritto romano.

§. CLXXXV.

Ma è tempo di risollevare lo spirito, entrando a contemplare l'epoca moderna.

Gli Statuti che poco fa lasciammo, ebbero vigore, finoachè non furono pubblicati i vari Codici che ressero i vari Stati in cui era divisa, non ha guari, l'Italia. Notammo pure superiormente che il diritto romano e il longobardico non furono abrogati formalmente che dalla pubblicazione dei medesimi Codici.

Ora è fra le cose più note che cotali Codici o furono lo stesso Codice Napoleonico, o Codici più o meno modellati su di esso, se si eccettui l'Austriaco. Per far quindi quest' ultima parte del nostro studio sulla successione legit-

tima, è mestieri che prendiamo le mosse da quel medesimo punto, in cui ebbe la sua prima origine il Codice Napoleonico.

§. CLXXXVI.

È noto ed è stato pure avvertito superiormente che nel settentrione della Francia prevalse il diritto germanico che divenne territoriale in innumerevoli Statuti o *Coutumes*, onde i paesi che ne furono retti, si dissero di *Droit coutumier*, e che nel mezzodì prevalse il diritto romano che, per opposizione al *coutumier*, fu chiamato *Droit écrit*, e paesi di diritto scritto quelli che lo ebbero.

Cotale moltiplicità di legislazioni statutarie, e cotale dualismo di diritto fra le due regioni della Francia durarono sino all'anno 1789.

Il memorando anno 1789 è segnalato dai principi che hanno avuto da esso il loro nome, *i principi dell'* 89.

§. CLXXXVII.

Il primo frutto che portarono questi principi a profitto della successione fu il decreto (15-28 mar. 1790), il quale dichiarò che, abolite le pre-

rogative di anzianità e di masculinità, le successioni de' nobili si dovessero dividere come quelle di ogni altro cittadino.

Venne immediatamente un secondo decreto (8-15 apr. 1790), che abolì tutte le distinzioni di primogeniti e di cadetti, di maschi e di femine in ordine alla successione intestata, e ordinò che questa fosse deferita in parti eguali a tutti gli eredi chiamati dalla legge.

Lo seguì il decreto del 5 brumaio anno II (26 ott. 1793) che, oltre alcune disposizioni sulle successioni dei religiosi, aboliva tutti i *coutumes* che non ammettevano il diritto di rappresentazione, e dava effetto retroattivo alle leggi sull'eguaglianza degli eredi legittimi in ordine alle successioni apertesi dopo il 14 luglio 1789.

Finalmente (passando sotto silenzio altri decreti di minore importanza e su materie speciali) il 17 nevoso anno II (6 gen. 1794), fu promulgato il decreto, contenente la legge sulle donazioni e successioni.

Questa legge, per quanto riguarda il nostro soggetto, chiamava alla successione intestata tre classi di persone, cioè: i discendenti, gli ascendenti ed i collaterali. La deferiva in primo luogo ai discendenti per capi o per stirpi, secondo che succedevano per diritto proprio o per

diritto di rappresentazione; in secondo luogo agli ascendenti che succedevano sempre per capi; in terzo luogo ai collaterali. Ma preferiva i collaterali agli ascendenti dai quali derivavano, e ad altri ascendenti dello stesso grado.[1] In mancanza di eredi diretti, la successione si divideva per metà fra le due linee paterna e materna, e in ciascuna linea si conseguiva da' rispettivi parenti per diritto proprio o per diritto di rappresentazione, ammesso all'infinito anche nella linea collaterale.

§. CLXXXVIII.

Da questi pochi cenni risulta abbastanza che le leggi emanate sulle successioni dopo la rivozione dell'89, mirarono a sostituire una legislazione uniforme alle molte che in passato avevano regolato quest'importantissimo istituto, ad armonizzarlo coi principi della nuova costituzione democratica ed a procurare il maggiore riparto delle ricchezze, tanto in omaggio, quanto per assicurare il trionfo de' medesimi principi. Tuttavia bisogna riconoscere che le leggi pro-

[1] Ils (les parents collatéraux) succèdent même au préjudice de ses ascendants, lorsqu'ils descendent d'eux, au d'autres ascendants au même degré (art. 76).

mulgate nel periodo della rivoluzione non crearono un sistema di successione nuovo in tutte le sue parti. In effetto accanto a disposizioni ispirate ed informato dallo spirito di esagerazione e di errore che allora regnava, si trovano regole che si riferiscono ad un passato ben lontano.

§. CLXXXIX.

I compilatori del Codice Napoleonico chiamati a scegliere fra il sistema della successione germanica adottato dai *coutumes*, e il romano, che erano venuti a cozzo nel periodo rivoluzionario, manifestarono l'intenzione di abbracciare il sistema romano, e diferire l'eredità in base dei vincoli di sangue, fonti di amore, e criterio sicuro e costante della volontà presunta del defunto.

Ma è facile il riconoscere che il Codice Napoleonico, dividendo fra le due linee paterna e materna le eredità devolute agli ascendenti e ai collaterali, non adottò il principio del diritto romano e non seguì il sistema. Cotale divisione, che fu introdotta come palliativo all'abrogazione della regola *paterna paternis, materna maternis*, dimostra in un col possesso ereditario (saisine héréditaire) e colla riserva, che

il sistema successorio stabilito sul principio della comproprietà della famiglia esercitò grande influenza sulla formazione del sistema successorio del Codice Napoleonico. Deve però riconoscersi, che questo Codice, neppure in ordine alla successione, ha applicato tale principio in tutta la estensione che ebbe nel diritto germanico e lo ha spogliato di tutti gli elementi aristocratici che la feudalità principalmente vi aveva innestato.[1] Così non ha riprodotto la distinzione fra il patrimonio mobile ed immobile, fra i maschi e le femine, fra i primogeniti ed i cadetti; o in altri termini ha rispettato, anco in ordine alla successione legittima, il principio che tutti sono eguali avanti la legge. Ciò per altro non ha potuto impedire che ai compilatori del Codice Napoleonico fosse rimproverato giustamente di non aver stabilito, in ordine alla successione, un sistema, che, basato sopra principio attinto alle sorgenti del più puro e costante sentimento, e perciò sempre vero, sempre solido, fosse conseguente in tutte le parti ed in tutti i particolari, o almeno di avere accettato alcune regole ingiustificabili di fronte all'equità. Ed in vero come giustificare che per effetto della divisione

[1] Più particolari osservazioni riserbiamo nel discorso che faremo sul Codice civile italiano.

nelle due linee un collaterale che si trovasse mai in una di esse al dodicesimo grado, concorra a consuccedere coll'ascendente di primo grado che appartiene all'altra linea?

§. CXC.

Passando senz'altro alla esposizione del sistema successorio del Codice Napoleonico, qual'è risultato dalla combinazione, quasi accidentale, di principi romani con principi germanici, esso innanzi tutto distingue le successioni in regolari ed irregolari, secondo che trattisi di successione di parenti legittimi o di genitori e figli naturali, de'coniugi e dello Stato.[1]

Per quanto concerne la successione regolare, sono chiamati alla medesima in primo luogo i discendenti, in secondo luogo alcuni collaterali (che sogliono chiamarsi *privilegiati* per distinguerli dai *semplici* che succedono soltanto in quart'ordine) o soli od in concorso con alcuni ascendenti (detti anche questi e per la stessa ragione, ascendenti *privilegiati*), in terzo luogo gli ascendenti in generale, in quarto luogo i collaterali non compresi nella seconda classe.

[1] Vedi la rubrica del Capo IV, Tit. I, Lib. III del Cod. Napol.

§. CXCI.

I discendenti di qualunque grado sono chiamati alla successione del loro ascendente prima di qualunque altra persona, sia per diritto proprio, sia per diritto di rappresentazione, senza distinzione di sesso nè di primogenitura, e quand'anche siano stati procreati da diversi matrimoni.[1]

In mancanza di discendenti, la successione si deferisce *ab intestato* al padre, alla madre, ai fratelli e alle sorelle del defunto e questi premorti ai loro discendenti per diritto proprio o di rappresentazione.[2] La divisione si fa in questo modo: il padre e la madre, concorrano insieme, o l'uno o l'altra sia sola, prendono ciascuno un quarto; i collaterali siano più, od un solo, conseguono la metà, se in concorso con ambedue i genitori, tre quarti, se concorre un solo di questi; l'intero, se non v'ha concorrenza dei genitori.[3]

La divisione della metà o dei tre quarti devoluti ai fratelli o alle sorelle si eseguisce fra

[1] Art. 745.
[2] Art. 748-751.
[3] Art. 751.

loro in parti eguali, quando derivano tutti dal medesimo matrimonio. Ove però provengono da matrimoni diversi, la divisione si fa per metà tra le due linee paterna e materna del defunto: i germani prendono parte nelle due linee, e gli uterini ed i consanguinei soltanto nella propria linea.[1]

In mancanza di discendenti, di fratelli e sorelle, e de' loro discendenti, l'eredità del defunto si divide in due parti eguali, e si deferisce, quasi fossero due, l'una ai parenti della linea paterna, l'altra ai parenti della linea materna.[2]

In ciascuna linea sono chiamati in primo luogo gli ascendenti ed in mancanza i *collaterali semplici*: il più prossimo degli ascendenti o dei collaterali di ciascuna linea esclude tutti gli altri. Che se in una delle due linee manchino affatto parenti, succedono soli collo stesso ordine e grado i parenti dell'altra linea.[3]

Per attenuare poi l'ingiustizia che un collaterale semplice, anche lontanissimo, della linea paterna o materna concorra a consuccedere con la madre o con il padre del defunto, è stabilito

[1] Art. 752.
[2] Art. 746.
[3] Art. 753, 755 e 756.

che quello de' due genitori che consuccede col collaterale abbia l'usufrutto della terza parte dei beni a'cui non succede in proprietà.[1]

§. CXCII.

Oltre cotale sistema generale di successione, il Codice Napoleonico contiene una legge speciale che regola la successione a favore degli ascendenti che abbiano fatte donazioni de' loro beni ai loro discendenti. In tal caso gli ascendenti donanti succedono, ad esclusione di tutti gli altri, nelle cose da essi donate ai loro figli o discendenti morti senza prole, quando gli oggetti donati si ritrovino in natura nella eredità; altrimenti riscuotono il prezzo che possa tuttora essere dovuto, e succedono all'azione di ricupera che fosse spettata al donatario.[2]

§. CXCIII.

Per ciò che riguarda la successione irregolare, in primo luogo il Codice Napoleonico non accorda meritamente alla parentela naturale gli

[1] Art. 754.
[2] Art. 747.

stessi diritti successori che alla parentela legittima. In fatti niuno de' parenti naturali è mai vero crede,[1] e pochi hanno la qualità di successori irregolari. Tuttavia è informata ai principi della maggior equità la successione, per quanto irregolare, dei parenti naturali. Imperocchè primieramente i figli naturali che vi sono ammessi, non solo creditano l'intero patrimonio del loro genitore che non lasci parenti legittimi, ma concorrono con questi e con gli stessi figli legittimi del medesimo, conseguendo però soltanto una parte di ciò che avrebbero conseguito, se fossero stati legittimi. Cotale parte è un terzo, la metà o tre quarti, secondo che concorrono figli legittimi, collaterali privilegiati o ascendenti, o collaterali semplici. Questa parte, nel caso che più siano i figli naturali, si calcola non per ciascuno di essi separatamente, ma per tutti presi insieme; di guisa che avranno sempre a dividersi il terzo, la metà o i tre quarti di ciò che avrebbero avuto, se tutti fossero stati legittimi.[2]

E siccome ogni eredità che si deferisce agli ascendenti o ai collaterali semplici si divide in

[1] Art. 756.
[2] Art. 757.

due successioni distinte, così se l'una si raccoglie dagli ascendenti, e l'altra dai collaterali, i figli naturali prenderanno nella prima la metà, e nella seconda due terzi di ciò che sarebbe loro spettato, se legittimi.

I discendenti de' figli naturali premorti sono ammessi per rappresentazione al godimento dei diritti del loro autore.[1]

Ma eccezionalmente è permessa fra i genitori e i loro figli naturali una convenzione *inter vivos*, mediante cui può essere ridotta alla metà la porzione a cui per legge hanno diritto i medesimi figli sulla successione del loro padre o della loro madre. Affinchè per altro i figli naturali non possono reclamare altro, si richiede che l'atto contenga la formale dichiarazione degli stessi genitori, essere loro intenzione di limitare la porzione del figlio naturale a quella soltanto che gli hanno dato. Non ostante questa dichiarazione però, il figlio naturale potrà reclamar sempre il supplemento necessario a compiere l'anzidetta metà, se non l'ha ricevuta intera, non ostante qualunque rinunzia.[2]

[1] Art. 758.
[2] Art. 761.

§. CXCIV.

Se poi venga a morte il figlio naturale senza lasciar figli legittimi o naturali, ma ambedue i genitori o l'uno di essi, l'eredità si deferisce per intero ad essi o a quello de' due che è superstite, salvo il prelevamento dei beni donati o del prezzo dovuto o dell'azione di ricupera a favore di quello fra essi che li donò, siccome si è detto superiormente, riguardo agli ascendenti legittimi. Che anzi, se il padre o la madre del figlio naturale sia premorta al figlio naturale, i beni che questi avesse ricevuto dai medesimi per atto gratuito fra vivi o a causa di morte, si devolvono esclusivamente ai fratelli e alle sorelle naturali del defunto, che al tempo stesso siano figli legittimi dell'ascendente predefunto, o ai loro discendenti legittimi per diritto di rappresentazione. In luogo dei beni appartiene ai medesimi il prezzo che possa essere ancora dovuto, o l'azione di ricupera. Il genitore superstite succede solamente in tutti gli altri beni. [1]

Per ultimo, se il figlio naturale muore senza

[1] Art. 766.

lasciar discendenza legittima o naturale, e genitori, gli succedono i fratelli e le sorelle naturali o i loro discendenti legittimi per diritto proprio o per rappresentazione. Ma debbono medesimamente prelevarsi i beni donatigli da uno de'suoi genitori o il loro prezzo ancora dovutogli o l'azione di ricupera che gli poteva competere, a favore dei fratelli e delle sorelle o dei loro discendenti provenienti legittimamente dal donante.[1]

§. CXCV.

I figli naturali non hanno alcun diritto sopra i beni dei parenti del loro padre o della loro madre, nè questi sopra i beni di quelli.[2]

§. CXCVI.

Ma perchè possa farsi luogo alla successione fra i nominati parenti naturali, si richiede, come condizione essenziale, che la loro parentela sia stata legalmente riconosciuta o dichiarata.[3]

Onde è che la parentela adulterina o ince-

[1] Art. 766.
[2] Art. 765.
[3] Art. 756.

stuosa, la quale non può essere riconosciuta nè dichiarata, non può essere base a successione di sorta. I figli adulterini o incestuosi non hanno sulla successione de' loro genitori altro diritto che quello degli alimenti.[1]

§. CXCVII.

Resta a dire sulla successione irregolare del Codice Napoleonico, che, quando il defunto non lascia nè parenti in grado successibile nè figli naturali, i beni della sua eredità appartengono al coniuge superstite non divorziato;[2] e che in mancanza del coniuge, l'eredità si acquista dallo Stato.[3]

§. CXCVIII.

Passando a toccare di volo la materia testamentaria dello stesso Codice Napoleonico, dobbiamo innanzi tutto notare che ancora in questa appariscono manifesti segni dell' influenza del sistema germanico a discapito di alcuno dei principalissimi principi del diritto romano.

[1] Art. 762 e 763.
[2] Art. 767.
[3] Art. 768.

La volontà dell'uomo, giusta le disposizioni dell'anzidetto Codice, non può fare eredi col testamento:[1] i veri eredi sono solamente i parenti legittimi. Ora cotesto principio si collega direttamente con ciò che Tacito lasciò scritto sulla successione germanica, che cioè, *heredes tamen successoresque sui cuique liberi; et nullum testamentum*; ed è la riproduzione pura e semplice[2] di questa massima generale del diritto germanico; *heredes gignuntur et non fiunt.*

Ciò che la volontà dell'uomo può fare sono o i legatari col testamento, o i donatari con la donazione.

§. CXCIX.

La disposizione testamentaria dell'uomo può fare:

1.° Legatari universali;

2.° Legatari a titolo universale;

3.° Legatari particolari.

È legatario universale quegli al quale sono lasciati tutti i beni di cui il testatore può disporre.[3]

[1] Art. 1003-1024.
[2] Tacit. de Mor. Germ. XX.
[3] Art. 1003.

È legatario a titolo universale quello al quale il testatore lascia o una quota dell'universalità di tutti i suoi beni, o l'universalità de'suoi beni immobili o de'suoi beni mobili, o una quota del suo patrimonio immobile o mobile.[1]

Da ultimo è legatario particolare quegli che riceve dal testatore una o più cose, prese singolarmente o determinatamente.

§. CC.

I legatari universali hanno il possesso legale *(saisine héréditaire)* de' beni ricevuti in legato, se il testatore non lascia eredi riservatari, altrimenti il possesso non solo della riserva ma anche della quota disponibile appartiene a questi, ai quali il legatario universale deve dimandarlo.[2]

I legatari a titolo universale o particolare non hanno mai il possesso legale dei beni ricevuti in legato, ma debbono dimandarlo, secondo casi, agli eredi legittimi, al legatario universale, ai successori irregolari, o in fine al curatore dell'eredità giacente.[3]

[1] Art. 1010.
[2] Art. 1004-1006.
[3] Art. 1011 e 1014, alinea.

§. CCI.

Ma la facoltà di disporre dei beni per testamento o per donazione non è illimitata nel Codice Napoleonico. Il quale dichiara indisponibile o riservata una parte di beni a favore di determinati parenti.

Accennammo superiormente che la riserva costituiva una delle prove dell' esistenza di elementi germanici nel Codice Napoleonico in concorso con i principi. Importa ora di farne brevemente la dimostrazione.

§. CCII.

Abbiamo veduto che in diritto romano la facoltà di disporre de' propri beni fu da principio illimitata, perchè la proprietà vi era riconosciuta, come un diritto assoluto e appartenente alla sola persona del proprietario; che questa facoltà illimitata a poco a poco fu ristretta a favore della famiglia, in base alle obbligazioni morali che ogni persona ha verso la medesima; che risultato ultimo di cotale ma costante elaborazione fu la costituzione completa dell' istituto

della *legittima*. La legittima quindi nel giure romano, anche dopo riconosciuta come diritto, conservò la natura d'istituzione essenzialmente morale, che modellava le sue regole sulle esigenze morali, alle quali doveva soddisfare e si riportava sempre all'idea di un dovere da adempiersi più che all'idea di un diritto da rispettare. Imperocchè, non dispiaccia di ricordarlo, il testatore era *obbligato* a disporre di una parte del suo patrimonio a favore di determinati parenti: il diritto di disposizione rimaneva intiero presso di lui, ma doveva in parte usarne, per precetto di legge, a favore di alcuni congiunti.

Al contrario abbiamo veduto che nel diritto germanico la proprietà non era un diritto appartenente assolutamente ad una persona, ma piuttosto un diritto della famiglia, in quanto almeno questa vi aveva delle espettative che il suo capo non poteva rendere inani con la distrazione dei beni medesimi.

Il testamento quindi introdotto nel giure germanico dal romano fu un diritto acquistato dall'individuo sui diritti della famiglia; la quale perciò si trovò a lottare contro l'individuo per conservare almeno una parte de'suoi diritti, come in senso inverso la famiglia romana lottò

contro l'individuo per imporgli l'osservanza de'suoi doveri verso di lei.

La legittima romana e la riserva germanica o *coutumière*, siccome riconosciuta dai *coutumes*, erano dunque due istituzioni completamente distinte; perocchè, non ostante alcune rassomiglianze più apparenti che reali, esse avevano basi differenti. Esse perciò dovevano produrre conseguenze diverse.

Così, notando solo la cosa più grave ed importante, la riserva non poteva essere pretesa dalla famiglia che sui beni *propri* e non sui beni *acquistati* dal testatore; perocchè su quelli soltanto aveva diritti di comproprietà. Dei beni acquistati egli a suo talento poteva disporre per intero; perchè, ripeto ancora una volta, il suo diritto di disponibilità non era limitato giuridicamente da verun dovere verso la famiglia.

La quota de'beni *propri* di cui non era permessa la disposizione o sia la quota di riserva fu generalmente fissata a quattro quinti dai *coutumes*, e portata dalla famosa legge 17 nevoso anno II a cinque sesti e a nove decimi, secondo che il defunto lasciava parenti nella linea collaterale o nella retta.

§. CCIII.

Ma non tutti i *coutumes* resistettero alla influenza del diritto romano. La verità e la purezza del sentimento delle obbligazioni morali verso la famiglia, che servirono di base alla legittima romana, s'immischiarono in alcuni di essi, alla fredda ragion giuridica del diritto di comproprietà della medesima, unica base della riserva. Della loro combinazione risultò un istituto che sapeva al tempo stesso di legittima romana e di riserva germanica, ma che non era nè l'una, nè l'altra.

La legittima romana nel passare nel diritto *coutumier* restò modificata da questi due principi depositati nel medesimo dal giure germanico: *le mort saisit le vif; institution de' héritier n'a lieu.* Di fatti in forza della *saisine héréditaire*, gli eredi fra i quali erano necessariamente i riservatari, si trovavano investiti *ipso jure*, a loro insaputa, ed anche loro malgrado della proprietà e del possesso di tutta l'eredità; tanto che essi avevano la facoltà di rinunziarla, ma non avevano bisogno di fare atto di accettazione; nulla quindi avevano da ricevere dal testatore, e nulla questi aveva a lasciar loro: il

testatore, disponendo del suo patrimonio, poteva togliere ed effettivamente toglieva agli eredi del sangue e della legge una parte di ciò che per principio loro apparteneva. Di qua la conseguenza, notevolissima di fronte al diritto romano, che la nomina di riservatario non era punto richiesta come formalità del testamento: questo era perfettamente valido, benchè il riservatario vi fosse preterito. Negata poi al testatore la potenza di fare eredi, non poteva neppure immaginarsi il lascito della legittima a titolo d'istituzione di erede.

§. CCIV.

Quindi da una parte per influenza del diritto romano si cessò dal distinguere, in ordine alla riserva, i beni propri dai beni acquistati, appunto perchè le obbligazioni morali derivanti dalla parentela non vengono affatto determinate dalla natura dei beni che per esse si debbono ai parenti. Dall'altra parte per influenza dei principi germanici la nuova riserva (limitandoci sempre alle cose più importanti e più direttamente attinenti al nostro soggetto) continuò ad avere per iscopo la conservazione dei beni nella famiglia, accennando per tal guisa

all'antica idea della comproprietà della famiglia medesima, e mantenendosi diritto reale; così pure continuò ad appartenere limitatamente a quelle persone alle quali spettava l'antica, rimanendo perciò senza efficacia a questo riguardo il principio delle obbligazioni morali di famiglia. Da ultimo mentre la legittima romana era dovuta nella successione testamentaria, sebbene per causa legittima, la riserva germanica o *coutumière* si mantenne sempre successione legittima.

Questa riserva si chiamò *legittima des coutumes*, che deve essere ben distinta dalla legittima conosciuta nelle provincie francesi che continuarono ad essere rette dal diritto romano, la quale fu puramente e semplicemente la legittima romana.

§. CCV.

Or bene, quantunque le discussioni che precedettero e prepararono la legge del Codice Napoleonico sulla quota disponibile, non determinino con precisione il carattere che i compilatori del medesimo intesero di dare alla riserva, tuttavia si ravvisa abbastanza dalle disposizioni della medesima legge, che il sistema della quota disponibile e della quota di riserva stabilito dal

Codice Napoleonico è il risultato della combinazione dei principi della riserva *coutumière* e della legittima dei *coutumes.*[1]

§. CCVI.

La riserva, giusta il Codice Napoleonico è un diritto di successione *ab intestato* che si esercita sulla quota dei beni riservati, come il diritto di successione ordinaria sulla intera eredità.

La riserva ha per ufficio di garantire il diritto di successione degli eredi ai quali compete, contro le disposizioni fra vivi o per causa di morte che facesse il loro autore.

§. CCVII.

Per regola hanno diritto alla riserva i discendenti e gli ascendenti legittimi.[2] I figli legittimati e adottivi sono pareggiati, per questo oggetto, ai figli legittimi.[3]

I discendenti e gli ascendenti non hanno diritto alla riserva che quando sono chiamati

[1] Altre e particolari osservazioni faremo, parlando del Codice civile italiano.

[2] Art. 913 e 915.

[3] Art. 914.

dalla legge alla successione, con questa differenza però, che per i primi è indifferente di conseguire la successione immediatamente o mediante la rinunzia o l'indegnità dei successibili più prossimi che li avrebbe esclusi; mentre agli ascendenti non giova punto la rinunzia o l'indegnità dei discendenti e dei fratelli e delle sorelle del defunto all'effetto di poter pretendere la riserva. Giova però loro la rinunzia o l'indegnità dell'ascendente più prossimo che nella rispettiva linea li avrebbe esclusi. In somma la riserva dovuta ai discendenti non può appartenere che a discendenti e non ad altri successibili, ma appartiene a qualunque di loro che raccolga la successione: la riserva dovuta agli ascendenti rimane sempre a favore di quello tra loro che effettivamente succede.

Eccezionalmente poi la riserva è dovuta eziandio ai figli naturali riconosciuti o dichiarati tali, almeno giusta la giurisprudenza e il suffragio dei Dottori.

Il coniuge non ha diritto a riserva. Ma il sistema della comunione dei beni tra coniugi, assicura al superstite una partecipazione indiretta sul patrimonio del defunto.

§. CCVIII.

La quantità della riserva dei discendenti varia col numero de' medesimi, essendo la metà, due terzi o tre quarti della eredità, secondo che il defunto lasci uno, due o almeno tre figli legittimi.[1]

Alla stessa quantità di riserva hanno diritto i discendenti di secondo e di ulterior grado; essi però non si contano che per quel figlio che rappresentano nella successione del disponente.[2]

Al contrario la riserva degli ascendenti è invariabile, essendo fissata ad un quarto dell'eredità per ciascuna delle due linee, qualunque sia il numero degli ascendenti in ciascuna di esse, e quand'anche non esistano ascendenti che in una sola linea.[3]

In fine la quantità della riserva del figlio naturale si determina, prendendo norma da quella che avrebbe avuto, se fosse stato legittimo e dal suo diritto alla intera successione.

[1] Art. 913.
[2] Art. 914.
[3] Art. 915.

§. CCIX.

V'hanno però dei casi eccezionali in cui la riserva è maggiore o minore di quella di cui si è finora discorso. In vero da una parte i minori pervenuti all'età di sedici anni possono disporre, e solamente per testamento, della sola metà de' beni che la legge permette di disporre al maggiore,[1] e perciò la quota di riserva, ne' congrui casi, è di sette ottavi, di cinque sesti, di tre quarti, o della metà.

Dall'altra parte il coniuge che lascia ascendenti, può disporre a favore del suo coniuge superstite non solamente della quota che avrebbe potuto lasciare a qualunque estraneo, ma eziandio dell'usufrutto di tutta la porzione che, giusta il diritto comune, costituisce la riserva degli ascendenti e se lascia figli o discendenti, può disporre, a favore del suo coniuge superstite, della piena proprietà di un quarto e dell'usufrutto di un altro quarto, o dell' usufrutto della metà di tutti i suoi beni. In tutti questi casi la riserva soffre una diminuzione.[2]

[1] Art. 904.
[2] Art. 1094.

§. CCX.

La quantità della riserva, a chiunque dovuta, rimane garantita dal diritto di far ridurre le disposizioni fra vivi o per causa di morte che la intacchino. La validità del testamento, giova ripeterlo, è affatto indipendente dalla riserva: lasciatavi o no, nominatovi o no il riservatario, il testamento da questo lato è egualmente valido. La riserva è data dalla legge: non è dunque necessario che si dia dall'uomo.

§. CCXI.

Il resto del patrimonio costituisce la quota disponibile, della quale cioè il proprietario può disporre liberamente.

§. CCXII.

Il Codice Napoleonico fu successivamente esteso ai paesi riuniti alla Francia, cioè all'Italia, al regno di Olanda, ai dipartimenti Anseatici e al granducato di Berg. Fu introdotto eziandio nel granducato di Varsavia, nella città di Danzica, ed in vari Stati della Germania.

Che anzi prima della battaglia di Lipsia sembrò che dovesse unificare la legislazione germanica.

Ma, caduto l'impero Napoleonico, sopravisse poco negli Stati restaurati dal Congresso di Vienna. In vero (limitandoci all'Italia e tacendo degli Stati della Chiesa, de'quali tenemmo parola superiormente) il solo ducato di Lucca conservò il Codice Napoleonico, eccetto gli articoli abrogati coi decreti del 7 maggio e 2 giugno 1814 e 5 marzo 1818, e salvo la nuova legge sulle successioni intestate della quale abbiamo discorso superiormente, e altre poche e lievi modificazioni.

Al contrario in Toscana con decreto del 15 novembre 1814 si richiamarono in vigore le antiche leggi abrogate l'anno 1808, eccetto gli Statuti, fu ristabilita l'autorità del diritto romano e canonico, si conservarono del Codice Napoleonico le regole risguardanti l'ammissione della prova testimoniale e la legge ipotecaria riformata col *Motu-proprio* del 2 maggio 1836. Con altro decreto dello stesso giorno 15 novembre fu regolata la patria potestà, la condizione de'figli di famiglia, la tutela e la forma de'testamenti. In fine con un terzo decreto (18 agosto 1814) fu promulgata la legge

sulle successioni intestate, della quale abbiamo del pari discorso superiormente.

Nel Regno Lombardo-Veneto il 1° gennaio del 1816 andò in osservanza il Codice generale Austriaco.

Le due Sicilie ebbero nel 1819 il loro proprio Codice.

Nell'anno successivo la Reggente di Parma, Piacenza e Guastalla pubblicò il Codice civile per il suo ducato.

Negli Stati Sardi, dopo aver tollerato lungamente le antiche leggi (consistenti in leggi romane, Statuti generali e locali, Regie Costituzioni, Editti, Lettere-Patenti ecc. ecc., ritornate in vigore con la restaurazione), il magnanimo Carlo Alberto promulgò nel 1837 il Codice civile, chiamato a suo onore Albertino.

Il ducato di Modena retto anche esso dopo la restaurazione da Costituzioni, Decreti, Notificazioni, Avvisi, Regolamenti ecc. ecc. ebbe nel 1851 il Codice Estense.

Esaminiamo brevemente questi cinque Codici.

§. CCXIII.

In riguardo alla successione legittima, il Codice Austriaco risente l'influenza de' prin-

cipi germanici, in quanto la divide in due, l'una pei parenti paterni, l'altra pei parenti materni.

Il suddetto Codice stabilisce l'ordine successorio legittimo per linee,[1] le quali per ogni defunto possono essere sei, cioè:

1.° La linea di quelli che discendono dal defunto, come loro stipite, cioè dei suoi figli e discendenti da questi;

2.° La linea del padre e della madre, del defunto e di quelli che insieme col defunto discendono da loro; cioè dei fratelli e delle sorelle di lui e dei loro discendenti;

3.° La linea degli avoli e delle avole coi fratelli e sorelle dei genitori e loro discendenti;

4.° La linea dei bisavoli e delle bisavole del defunto medesimo coi loro discendenti;

5.° La linea degli arcavoli e delle arcavole coi loro discendenti;

6.° La linea dei bisarcavoli e delle bisarcavole coi loro discendenti.[2]

Il Codice Austriaco non nomina i *collaterali;* perocchè considera la parentela sotto due aspetti soltanto, cioè della discendenza e dell'ascen-

[1] Tralasciamo il diritto feudale, richiamato nell'art. 359, e le disposizioni sulle locazioni ereditarie e l'enfiteusi.

[2] Art. 731.

denza; ma, secondo il modo ordinario di considerarla, tutti i discendenti nominati nelle linee 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª e 6.ª, sono tutti collaterali del defunto.

La successione si deferisce alla linea più prossima, e perciò non si apre a favore della seconda, se non in mancanza di tutti i congiunti compresi nella prima, e così di seguito.

Al di là delle anzidette sei linee non si dà successione legittima fra agnati e cognati per legittime nozze.[1]

§. CCXIV.

Nella prima linea, se esistono figli legittimi di primo grado del defunto, si devolve ad essi l'eredità intera, siano maschi o femine: essi se la dividono in porzioni eguali.[2]

Concorrono coi figli esistenti di primo grado i discendenti de' figli premorti, aventi però diritto a quella porzione che sarebbe spettata al loro autore. Nello stesso modo si divide l'eredità fra i discendenti de' figli premorti nel caso che con essi non concorra verun figlio di primo

[1] Art. 731.
[2] Art. 732.

grado o altro discendente di grado più prossimo del loro.[1]

Importa però di notare che, sebbene queste disposizioni siano identiche a quelle che regolano il diritto di rappresentazione, tuttavia, giusta il Codice Austriaco, i discendenti del defunto gli succedono *jure proprio* e non per diritto di rappresentazione, del quale non fa cenno in alcun luogo. Ciò spiega, come per acquistarsi dal discendente la quota di suo padre, predefunto all'avo della cui successione si tratta, non sia necessario che abbia adito l'eredità di suo padre, e come non gli nuoccia l'esserne divenuto indegno, l'esserne stato diseredato o l'avervi rinunziato.

§. CCXV.

Nella seconda linea, se al defunto sopravivono ambedue i genitori, tutta l'eredità compete ad essi per eguali porzioni. Se uno di essi sia premorto, i suoi figli e discendenti succedono nella metà che gli sarebbe spettata, se vivo.[2] In altri termini, col genitore superstite concorrono i fratelli e sorelle del defunto e i loro

[1] Art. 733 e 774.
[2] Art. 735.

discendenti, provenienti col defunto dal genitore premorto.

Se il genitore premorto non ha lasciato figli e discendenti, l'intera eredità appartiene al superstite.[1]

Se poi siano premorti ambedue i genitori, succedono in una delle metà i figli e discendenti del padre, e nell'altra i figli e discendenti della madre. Quindi i figli comuni, (fratelli e sorelle germani del defunto) e i loro discendenti prendono parte in ambedue le metà, i figli nati loro da diversi matrimoni (fratelli e sorelle consanguinei o uterini del defunto) e i loro discendenti prendono parte ciascuno in una delle due metà soltanto.[2]

Che se un solo dei genitori premorti abbia lasciato figli e discendenti, l'intera eredità appartiene a questi.[3]

§. CCXVI.

Se i genitori del defunto gli erano premorti senza discendenti, l'eredità si devolve alla terza linea.

[1] Art. 737.
[2] Art. 736.
[3] Art. 737.

Ci asteniamo dal discendere alla esposizione delle regole dell'ordine successorio in questa linea e nelle tre seguenti, che sono in generale le medesime esposte sull'ordine successorio della seconda linea, con estensione però sempre crescente in proporzione del numero delle stirpi sempre maggiore in ciascuna delle linee.

Interessa per altro di notare, che la terza linea si divide in due rami, l'uno per l'avo paterno e i suoi discendenti, l'altro per l'avo materno e i suoi discendenti; che la quarta si divide in quattro rami, in ragione delle quattro stirpi che può contenere, cioè dei genitori dell'avo paterno e materno coi loro discendenti, dei genitori dell'avola paterna e materna coi suoi discendenti; che la quinta linea si divide in otto rami, giusta le otto stirpi che vi possono essere comprese, quattro delle quali dal lato paterno e quattro dal lato materno; che in fine la sesta linea si divide in sedici rami, perchè può comprendere sedici stirpi, otto dal lato paterno, e otto dal lato materno.[1]

La successione adunque, giusta il Codice Austriaco, risale sempre agli ascendenti, ma discende ai figli e ai discendenti dell'ascendente

[1] Art. 738-751.

più prossimo, prima di passare all'ascendente più remoto o alla sua discendenza.

§. CCXVII.

I figli che, sebbene nati da un matrimonio invalido si reputano legittimi, e i legittimati per susseguente matrimonio godono in generale gli stessi diritti de' figli legittimi.[1] I figli legittimati per rescritto sovrano non godono dei diritti successori accordati ai legittimi, se non quando siano stati legittimati sopra dimanda del padre, diretta ad ottenere che fossero ammessi agli stessi diritti dei figli legittimi sul patrimonio trasmissibili liberamente agli eredi.[2] E viceversa i genitori hanno gli stessi diritti sulla eredità de' figli legittimati.[3]

Anche ai figli adottivi e loro discendenti spettano gli stessi diritti dei figli legittimi e dei loro discendenti sulla successione intestata, dell'adottante, rispetto al patrimonio che potevasi da lui trasmettere liberamente agli eredi.[4]

[1] Art 752; ma vedi gli art. 160 e 161.
[2] Art. 753.
[3] Art. 756.
[4] Art. 755 e 183.

§. CCXVIII.

I figli illegittimi non succedono che alla madre, ma cogli stessi diritti conceduti ai figli legittimi.[1] E viceversa la madre sola succede ai figli illegittimi.[2]

§. CCXIX.

Al coniuge superstite, non separato per sua colpa, appartiene, secondo casi, o l'usufrutto o la proprietà di una quota di eredità o l'eredità intera.[3]

§. CCXX.

Per ultimo, in mancanza di tutti i successori sinora nominati, l'eredità, come un bene vacante di eredi, spetta al fisco o a quelle persone che, in forza delle leggi politiche, hanno diritto di prender possesso delle cose vacanti.[4]

[1] Art. 754.
[2] Art. 756.
[3] Art. 757-759.
[4] Art. 760.

§. CCXXI.

Ma in ordine alla successione testamentaria, il Codice Austriaco adotta sostanzialmente i principi del diritto romano. Perocchè esso riconosce alla volontà del testatore la forza di creare veri eredi, rappresentanti del defunto, e impone al testatore l' obbligo di lasciare la legittima ai figli e ai discendenti, e agli ascendenti, che altrimenti sarebbero succeduti *ab intestato.* [1] Però, giusta il Codice Austriaco, la legittima può essere lasciata anche a titolo di legato, e la diseredazione ingiusta od anche la preterizione de' legittimari non è causa di nullità del testamento: il legittimario ingiustamente diseredato o preterito ha diritto di dimandare la legittima e nulla più. [2]

La legittima appartenente a ciascuno dei figli è la metà della quota che sarebbe pervenuta ad essi nella successione intestata; per gli ascendenti è la terza parte della porzione che parimente sarebbe loro dovuta *ab intestato.* [3]

Per conseguire la legittima conviene essere

[1] Art. 762-764.
[2] Art. 729, 764, 775, e seg.
[3] Art. 765 e 766.

erede; quindi non appartiene a chi ha rinunziato al diritto di successione, a chi ne divenne indegno o ne fu escluso per diseredazione legalmente fatta.[1] Nè ammette il possesso creditario, la *saisine héréditaire.*[2]

In fine lo stesso Codice ha introdotto la rappresentazione nella successione testamentaria per riempire la lacuna formatavi coll'abbandono della rottura del testamento, giusta il diritto romano.

Ma l'anzidetto Codice dà la facoltà ai testatori di stabilire fedecomessi di famiglia.[3]

§. CCXXII.

Il Codice civile delle Due-Sicilie seguì in alcuni punti principalissimi il Codice Napoleonico. Così anch'esso distingue la successione *regolare* dalla *irregolare*, e non attribuisce la qualità di erede che agli eredi legittimi.[4] Sembra, è vero, che quel legislatore intese di dare al testatore la facoltà di crearsi un erede, e perciò di

[1] Art. 767-772.
[2] Art. 547 e 797.
[3] Art. 618 e seg.
[4] Art. 644 e 645.

formare due classi di eredi, i legittimi e i testamentari. Ma è evidente che l'erede testamentario o scritto del Codice delle due Sicilie non era che il legatario universale del Codice Napoleonico.[1] Ed in fatti l'uno è messo accanto all'altro e all'erede scritto sono state applicate puramente e semplicemente tutte le disposizioni fatte dal Codice Napoleonico per il legatario universale.[2]

Così pure il Codice delle Due-Sicilie ha accolto il principio che *le vif saisit le mort*, dichiarando formalmente che gli eredi legittimi (notate bene, i legittimi) acquistano *ipso jure* il possesso dei beni, de' diritti e delle azioni del defunto.[3]

Da ultimo, tacendo di cose minori, lo stesso Codice aveva riprodotto sostanzialmente tutta la legge della porzione disponibile e della riserva, scritta già nel Codice Napoleonico; eccetto che aveva fissato la quantità della legittima per i figli, qualunque ne fosse il numero, nella metà del patrimonio ereditario, e per gli ascendenti nella metà della quota che sarebbe loro spettata *ab intestato*.[4]

[1] Art. 929 e seg.
[2] Art. cit.
[3] Art 645.
[4] Art. 829 e seg.

§. CCXXIII.

Al contrario in altri punti il Codice delle Due-Sicilie aveva adottato i principî romani. In vero esso non divideva la eredità nelle due linee paterna e materna, ma la deferiva all'ascendente più prossimo, a qualunque linea appartenesse, salvo che si fosse trattato di beni donati al discendente dall'ascendente che vi succedeva solo,[1] siccome avviene per disposizione del Codice Napoleonico. Aveva ristabilito il diritto alla quarta *uxoria* in favore del coniuge povero, ma in semplice usufrutto. Da ultimo aveva ammessa la discredazione per cause determinate.[2]

§. CCXXIV.

Ma oltre che principî del Codice Napoleonico e del diritto romano, il Codice delle Due-Sicilie contiene anche disposizioni attinte nel

[1] Art. 670. Vedi appresso le osservazioni che su questo oggetto saranno fatte, parlandosi del Codice civile italiano.

[2] Art 848-854.

diritto feudale. Perocchè esso riconosce i maggioraschi. [1]

§. CCXXV.

Il Codice Parmense segui il Codice Napoleonico in ordine alla divisione dell'eredità per linee, e al possesso ereditario conceduto ai discendenti, agli ascendenti e ai collaterali chiamati alla successione, e non ai figli naturali, al coniuge e allo Stato, [2] sebbene con disposizione generale chiamasse anche questi alla successione *ab intestato*. [3] La quale limitazione però m'induce a credere che in sostanza il Codice Parmense mantenesse fra i primi e i secondi eredi la stessa differenza che il Codice Napoleonico.

Anche nell'anzidetto Codice la legittima è riservata dalla legge e non dovuta dal testatore. Laonde ancora in esso si dà concorso della successione testamentaria con la successione legittima.

[1] Art. 946-963.
[2] Art. 821.
[3] Art. 820. Vedi appresso le osservazioni, giusta la precedente avvertenza.

§. CCXXV.

Ma lo stesso Codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla ammetteva la istituzione di erede, giusta i principi del diritto romano, senza però accordare all'erede testamentario il possesso ereditario. Questa differenza di trattamento è ingiustificabile; ma si spiega con le inesatte nozioni storiche della *saisine héréditaire* e del *legatair universel* del Codice Napoleonico. Accordava agli ascendenti la facoltà di diseredare per cause determinate i discendenti. Ma i diseredati conservavano il diritto agli alimenti. Inoltre la legittima che sarebbe appartenuta al diseredato, andava ad appartenere ai discendenti di lui.[1]

Anch'esso aveva ristabilito la quarta *uxoria*, ma in semplice usufrutto, come il Codice delle Due-Sicilie.

§. CCXXVI.

Da ultimo resta a notare sul Codice Parmense, che ammetteva le primogeniture. Per

[1] Art. 641 e 688.

la loro validità si richiedeva, secondo le disposizioni del medesimo, la grazia sovrana,[1] ma dal decreto 29 novembre 1823 furono dispensati i nobili dall'ottenere cotale grazia.

§. CCXXVIII.

Viene quarto il Codice Albertino. Anch'esso distingue gli eredi legittimi in regolari ed irregolari, noverando fra i primi i discendenti, gli ascendenti ed i collaterali, e fra i secondi i figli naturali, il coniuge e lo Stato,[2] e concede il possesso ereditario alle tre prime classi soltanto. Ma non divide l'eredità per linee; chiama però l'ascendente donante a succeder solo nei beni donati al discendente, della cui eredità si tratta, siccome è stato notato intorno agli altri Codici.[3]

§. CCXXIX.

Per principio il suddetto Codice non faceva distinzione alcuna fra maschi e femine, tuttavia col mezzo del subingresso ammesso a favore

[1] Art. 689 e seg.
[2] Art. 915.
[3] Art. 937.

dei maschi escludeva le femine dalla successione a favore de' medesimi.

Il subingresso, o la esclusione delle femine per subingresso, aveva luogo, in riguardo non solo alle successioni lasciate dal padre o altro ascendente paterno maschio, e dal fratello germano o consanguineo, ma eziandio alla successione lasciata dalla madre.[1]

Godevano del subingresso in ordine alle successioni lasciate dai maschi sunnominati, i fratelli germani e i loro discendenti, e in mancanza, i fratelli consanguinei e i loro discendenti; in ordine poi alla successione della madre ne godevano i soli fratelli germani e i loro discendenti.[2] Il subingresso giovava a questi agnati in ragione del loro diritto successorio.[3]

In forza del subingresso erano escluse dalla successione delle anzidette persone le sorelle e i loro discendenti dell'uno o dell'altro sesso.[4]

Le femine escluse per il subingresso dei maschi avevano diritto di conseguire dai maschi escludenti una porzione equivalente alla legittima o al terzo della virile, secondo che si

[1] Art. 942 e 945.
[2] Art. cit.
[3] Art. 943.
[4] Art. 942 e 945.

trattava della successione dei genitori e degli altri ascendenti o del fratello, dedotto però quanto avessero conseguito a titolo di dote, o fosse stato altrimenti soggetto a collazione.[1]

§. CCXXX.

Lo stesso Codice assegnava al coniuge la quarta *uxoria* in semplice usufrutto, siccome il Codice delle due Sicilie e il Parmense, ma senza richiedere la condizione della povertà. Tolse però alla quota devoluta al coniuge il carattere di legittima; perocchè il coniuge predefunto, facendo testamento, poteva preterire il superstite, senza che questi potesse nulla reclamare sulla eredità di lui, quantunque non esaurita nelle disposizioni testamentarie.

§. CCXXXI.

In ordine alla successione testamentaria il Codice Albertino ammetteva la istituzione del vero erede romano, che, anco rispetto al possesso ereditario, pareggiava al legittimo.[2]

[1] Art. 946 e 948.
[2] Art. 967.

§. CCXXXII.

Ma neppure nel Codice Albertino il testatore aveva l'obbligo di lasciare la legittima: era la legge che ai discendenti e agli ascendenti riservava una quota, la quale, per i figli, era di un terzo dell'eredità, quando il testatore lasciava uno o due figli legittimi o legittimati o uno o più ascendenti, e della metà quando lasciava un numero maggiore di figli.[1]

Era però riconosciuta al testatore la facoltà di diseredare, per causa giusta, il discendente o l'ascendente, al quale era dovuta la legittima. Ma la legittima del diseredato, se discendente del testatore e superstite a questo, era dovuta ai suoi discendenti. Che se era predefunto al testatore, la sua diseredazione non pregiudicava punto ai diritti de' suoi discendenti medesimi. Dall'altro canto il diseredato bisognoso aveva diritto di conseguire gli alimenti, sino alla concorrenza dei frutti della legittima al massimo, da quelle persone che di questa profittavano.[2]

[1] Art. 719 e seg.
[2] Art. 737 e 743.

§. CCXXXIII.

Il Codice Estense, quantunque promulgato in tempi a noi vicini, favoriva, almeno parzialmente, l'agnazione. In vero, se all'eredità lasciata dal padre o dalla madre concorrevano figli maschi e figlie femine, la porzione di ciascun maschio doveva superare della metà quella che toccava a ciascuna femina. La stessa differenza era conservata fra i discendenti.[1] Se all'eredità lasciata da un figlio, concorrevano il padre e la madre, quello conseguiva due terzi, e questa il terzo soltanto.[2] Ma nella successione de' collaterali non si fa differenza di sesso.[3]

L'anzidetto Codice divideva pure la successione per linee paterna e materna.[4]

§. CCXXXIV.

Nella successione testamentaria, poteva farsi luogo alla istituzione dell'erede;[5] e non v'era

[1] Art. 911.
[2] Art. 915.
[3] Art. 923 e seg.
[4] Art. 917 e seg.
[5] Art. 744.

obbligo per il testatore di lasciare le legittima ai discendenti e agli ascendenti: la legge riservava loro una quota di eredità.[1] Ma il disponente poteva privarneli, diseredandoli per giusta causa.[2] Era pure riconosciuta al testatore la facoltà d'istituire primogeniture.[3]

§. CCXXXV.

Il Codice Estense, ad imitazione dell'Albertino concedeva il possesso ereditario tanto all'erede legittimo, quanto al testamentario.

§. CCXXXVI.

Entriamo da ultimo a discorrere del nostro Codice civile.

Non sia però discaro al lettore che premettiamo alcune notizie sulla compilazione del medesimo.

In Piemonte la libertà costituzionale aveva fatto già sentire il bisogno di riforme legislative; perciocchè le vecchie leggi presentavano non poche contradizioni cogli ordini politici nuova-

[1] Art. 831 e seg.
[2] Art. 841 e seg.
[3] Art. 864 e seg.

mente inaugurati. Ma ben più potente si fece sentire, non appena firmata la tregua di Villafranca. Quindi nel 24 dicembre del 1859 veniva istituita in Torino dal ministro Rattazzi una Commissione composta di chiari giuristi. In essa il nuovo ministro Cassinis fuse ben presto (25 febbraio 1860) la Commissione istituita nell'Emilia dal Dittatore Farini, e introdusse altri distinti giurisperiti scelti fra tutte le provincie d'Italia. Nella prima adunanza (1 marzo 1860) si stabilì il metodo da seguire, e la Commissione fu suddivisa in Sotto-Commissioni, a ciascuna delle quali fu assegnato lo studio di una parte del Codice. Dopo tre mesi la Commissione presentò un *Progetto di revisione del Codice Albertino.*

Presentato alla Camera dei Deputati e al Senato (19-21 giugno 1860), entrambi scelsero la propria Commissione per esaminarlo. Le due Commissioni si suddivisero in Sotto-Commissioni. Il medesimo Progetto fu inviato (6 luglio 1860) alle Corti coll'invito di comunicare le loro osservazioni alle Commissioni. La magistratura rispose con premura all'invito, e fece dotte e particolarizzate osservazioni.

Sciolta la Camera per annessione delle Provincie meridionali, rimasero interrotti i lavori delle Commissioni. Convocato di nuovo il Par-

lamento, il ministro Cassinis chiese al Senato (21 febbraio 1861) e alla Camera de' Deputati (15 marzo detto anno) che rieleggessero ciascuno una Commissione. Il Senato assentì, ma la Camera de' Deputati richiese che la presentazione del Progetto del Codice civile fosse fatta ufficialmente, secondo che si praticava per tutti gli altri progetti di legge. Attesa questa decisione, il ministero sentì tutta la difficoltà di ottenere per le vie ordinarie l'approvazione di un Codice civile, che avesse apportato notevoli innovazioni ai Codici vigenti, e prese il partito di compilare un altro progetto che seguisse passo passo il Codice Napoleonico; pure apportandovi le progressive modificazioni già introdotte ne' Codici allora vigenti. Apposita Commissione lavorò intorno a questo progetto (1 aprile - 30 giugno 1861); che però non fu presentato al Parlamento, essendo, nella formazione del ministero Ricasoli per la funesta morte del conte di Cavour, succeduto Miglietti a Cassinis nel Dicastero della Giustizia.

Il nuovo Ministero ebbe sollecita cura di completare il progetto, valendosi degli studi fatti, e nominando all' uopo apposita Commissione. Compiuto il nuovo progetto in pochi mesi (1 agosto - 31 dicembre 1861), fu presentato

tosto (9 gennaio 1862) al Senato. Ma poco appresso avendo il ministero Ricasoli rassegnato il potere, Miglietti veniva surrogato da Conforti, che nel giugno 1862, sottopose il progetto all'esame di una Commissione di Magistrati della Corte di Cassazione di Napoli, la quale inviò al Ministero le sue osservazioni sul primo e secondo libro del progetto.

A Conforti succeduto Pisanelli, questi avvisò che tanto sarebbe stata maggiore l'autorità del progetto, e più facile l'approvazione del Parlamento, quanto più ampio fosse stato il concorso dei sapienti del Regno. Fu pertanto inviato il progetto Miglietti ad alcuni valenti giuristi, e vennero istituite cinque Commissioni, a Torino, Napoli, Palermo, Milano e Firenze, le quali, eccetto quella di Firenze, mandarono in breve tempo le loro osservazioni.

Allora il Ministro Pisanelli riprese egli stesso l'esame del progetto colla cooperazione degli avvocati Astengo e Vaccarone, e ne compilò uno nuovo colla scorta del progetto Miglietti, e col sussidio di tutti gli studi e lavori preparatori fino allora fatti. Esso fu comunicato a molti giureconsulti e alle cinque Commissioni, e quindi preceduto dalla Relazione fu presentato al Senato il primo Libro addì 15 luglio 1863, e il

secondo e terzo Libro addì 26 novembre detto anno. Il Senato (17 luglio 1863) nominò una Commissione per riferirgli sul progetto. Essa esaminò tutti i lavori preparatori già pervenuti al Ministero, e quelli che mano mano vi giungevano, fece invito a tutti i Senatori di comunicare le loro osservazioni, ebbe parecchie conferenze e comunicazioni per iscritto col Ministro, e dopo assidui e coscienziosi studi ripresentava (luglio 1864) al Senato il progetto notevolmente modificato e accompagnato da una relazione distinta in tre parti secondo i tre libri del Progetto; la prima compilata da Vigliani, la seconda da De-Foresta, la terza da Vacca.

Prima di passare il Progetto all'esame della Camera de' Deputati fu scritta la famosa Convenzione del 15 settembre 1864, che doveva porre termine all'occupazione di Roma da parte de' Francesi. Stabilito il trasferimento della capitale da Torino a Firenze, si conobbe la politica utilità di compiere immediatamente l'unificazione amministrativa e legislativa. Impossibile tale opera con le lunghe procedure parlamentari, il Governo chiese al Parlamento facoltà straordinaria per promulgare le nuove leggi unificatrici, e fra esse il Codice civile. Fu concessa, accontentandosi il Parlamento di una generale

discussione per sommi capi, quanto bastato fosse per notare in generale i difetti da eliminare, e i perfezionamenti da introdurre, dando pel resto le opportune facoltà al Governo con legge 2 Aprile 1865.

Per adempire a tale incarico il Ministro di Grazia e Giustizia signor Vacca nominò nello stesso giorno una Commissione presieduta da esso medesimo, la quale venne suddivisa in Commissioni speciali incaricate di rivedere partitamente le singole parti della nuova legislazione. La commissione speciale per rivedere il Codice civile compiè si sollecitamente il suo incarico che potè essere promulgato il giorno 25 giugno 1865, ed avere esecuzione il 1° gennaio 1866.

§. CCXXXVII.

Entrando ora in merito, diciamo innanzi tutto che l'istituto successorio del Codice civile italiano è informato sostanzialmente dai principi del diritto romano. In vero ammette i due ordini di successione testamentario e legittimo, riconoscendo alla volontà del disponente la potenza di attribuire la qualità legale di erede a

qualunque persona che capace di ricevere per testamento, piace a lui d'istituire erede.

§. CCXXXVIII.

Ma nel nostro sistema successorio v'ha la riserva e il possesso ereditario che derivano certamente dal diritto germanico, e che di conseguenza smentirebbero in parte il principio generale sopra enunziato. Ove però si consideri la cosa a fondo, questo principio appare completamente vero.

La riserva e il possesso ereditario passarono nel nostro Codice nella loro materialità e non già nella loro forma sostanziale: voglio dire che nel nostro Codice si spogliarono del loro carattere germanico, abbandonando i principî che li avevano prodotti quasi genitori naturali, e indossarono la divisa romana, sottoponendosi ai principi romani, quasi a genitori adottivi.[1]

[1] Questa generale osservazione potrebbe applicarsi, almeno in parte, al Codice Napoleonico e agli altri che, modellati sul medesimo, abbiamo esaminato superiormente. Ma come nel Napoleonico così *in generale* negli altri, non fu ben determinata la trasformazione subita dalla riserva e dal possesso ereditario nei loro principj. Ecco la ragione per cui abbiamo creduto di riservare in questo luogo l'esame particolare di tale trasformazione.

§. CCXXXIX.

Ed in vero, incominciando dalla riserva o quota legittima, questa non è punto una parte del patrimonio della famiglia, riservata a determinati parenti per virtù della *comproprietà* che questi vi avessero mai avuto. L'idea della comproprietà della famiglia è affatto estranea alle nostre tradizioni, ai nostri costumi, al nostro Codice. Il diritto di proprietà, giusta le nostre nozioni giuridiche, appartiene al solo proprietario, quand'anche sia padre e capo di larghissima famiglia. Di quà l'assenza assoluta di qualunque disposizione che accenni, neppure da lontano, al bisogno del consenso di parenti per la validità dell'alienazione de' beni, quantunque aviti. Lo stesso diritto di proprietà è, per principio, eziandio assoluto. Il proprietario può alienare ed anche distruggere tutto il suo patrimonio, per quanto pingue, anche a danno de' propri figli.

§. CCXL.

Ma gli ascendenti verso i discendenti, e questi verso quelli hanno evidentemente molte-

plici e gravi doveri morali e giuridici. Nè sono meno evidenti i doveri morali e giuridici del genitore verso il figlio naturale e dell'un coniuge verso l'altro.

Ora questi doveri morali e giuridici reclamano che sia imposto un limite al diritto di disponibilità che assoluto, illimitato apparterebbe altrimenti all'ascendente, al discendente, al genitore naturale e al coniuge, nella qualità semplice di proprietario.

Eccovi adunque il principio romano delle obbligazioni verso la famiglia, come ragione giuridica della limitazione imposta al diritto di disponibilità del proprio patrimonio.

§. CCXLI.

Cotale limitazione però non si attua nel nostro Codice come si attuò nel diritto romano, sibbene come nel diritto germanico, o *coutumier* straniero. La nostra legge non c'impone l'obbligo di lasciare per testamento ed a titolo d'istituzione di erede la legittima ai congiunti che v'hanno diritto, siccome ai padri nostri prescrisse la legge romana: è essa medesima che con la sua potenza attribuisce loro la legittima e loro la garantisce con il diritto di

dimandare la riduzione delle disposizioni che la intacchino.

Ecco come lo stesso principio ottiene per diverse vie lo stesso scopo; nel diritto romano l'uomo conserva il diritto di disporre di *tutto* il suo patrimonio, ma è obbligato di disporre di una *parte* di esso a favore di determinati congiunti; per diritto italiano l'uomo non può disporre di una *parte* del suo patrimonio, come riservata dalla legge ad alcuni suoi congiunti. Ma nell'uno e nell'altro diritto questi conseguono una parte del patrimonio appartenuto al loro defunto parente: e, notate bene, nell'uno e nell'altro diritto la conseguono per benefizio della legge; con questa sola differenza che la legge romana fa giungere la legittima al legittimario col mezzo dell'uomo, la legge italiana gliela dà con le proprie mani. Il processo storico della legittima romana basta a spiegare e forse anco a giustificare l'abbandono della sua *forma* e l'adozione della *forma* della riserva germanica.

E qui al fine posso ripresentare giustificata l'idea dell'armonica coesistenza della successione testamentaria e della successione legittima, doppio ordine successorio che non potè stabilirsi regolare e generale nel diritto romano, ove in-

vece la legittima conciliò l'arbitrio del *pater-familias* col diritto della famiglia nella successione testamentaria, con cui non poteva concorrere regolarmente la successione legittima.

§. CCXLII.

Resta ora a giustificare, come la *saisine héréditaire* del diritto germanico, che già trovammo in alcuni nostri Statuti e che dal Codice Napoleonico, è passata successivamente nei nostri passati Codici e nell'attuale, siasi per dire così, romanizzata.

L'erede romano e il suo autore si consideravano, come una sola persona, essendochè l'erede subentrava nella posizione giuridica del suo autore, ne sosteneva la personalità *(personam ejus substinebat)*, la seguitava. E cotale continuazione della personalità giuridica del defunto negli eredi non soffriva mai veruna interruzione, perchè *heres, quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.*[1] La proprietà di tutte le cose ereditarie, seguiva, per dire così, la rappresentanza personale: essa si aveva per acquistata dal momento della morte

[1] Leg. 54. D. de ag. vel omit. hered.

della persona della cui successione si trattava: che anzi l'eredità si acquistava *ipso jure* dagli eredi necessari. Il possesso delle cose ereditarie non passava nell'erede in un colla proprietà; perocchè consistendo in una relazione di fatto, pareva necessario che l'erede, come qualunque altra persona che avesse voluto acquistare il possesso, dovesse compiere gli atti necessari a far nascere cotale relazione. Ma, quando la legislazione spoglia il più che può i concetti giuridici di ogni indumento materiale, quando il possesso diviene esso stesso un diritto o almeno tende potentemente a riunirsi alla proprietà, la continuazione della personalità giuridica del defunto negli eredi diviene base razionale e sufficientissima alla continuazione del possesso del defunto nell'erede.

Ed appunto sulla continuazione della personalità giuridica del defunto negli eredi, giusta il concetto giuridico romano, il nostro Codice ha basato la continuazione del possesso del defunto negli eredi,[1] coronando per tal guisa i

[1] Ciò risulta nel modo più certo dalla Relazione Pisanelli, sebbene metti in raffronto la *saisine héréditaire* del Codice Napoleonico, con la ventilazione ereditaria del Codice Austriaco. In vero si legge nella medesima. » Fu appena elevato il dubbio, quale dei due sistemi dovesse accogliersi, tra quello che fa passare di diritto il possesso dei beni negli eredi, come dispongono ad imita-

grandi sforzi fatti a questo stesso oggetto da uno de' più valenti giuristi del XVI secolo, dal Tiraquello.

E siccome tanto gli eredi legittimi, quanto i testamentari continuano la persona del defunto, così gli uni e gli altri hanno il possesso ereditario.[1]

È fatta però eccezione in riguardo al figlio naturale che succede in concorso dei discendenti legittimi: il figlio naturale deve chiedere a costoro il possesso della quota che gli è devoluta, perchè spetta ai medesimi di soddisfarla in danaro od in beni immobili ereditari.[2]

§. CCXLIII.

Dopo ciò esponiamo il nostro sistema successorio.

zione del francese i Codici italiani, e quello della ventilazione ereditaria adottata dal Codice Austriaco, secondo il quale il possesso vien dato agli eredi per autorità del magistrato. Prevalse senza difficoltà il primo sistema, che risponde meglio *al concetto della continuazione, della personalità giuridica del defunto negli eredi che lo rappresentano*, e si mostra inoltre più conforme ai costumi della maggioranza dei cittadini. Ripugna che un figlio sia tenuto a chiedere al magistrato il possesso dei beni devolutigli per successione, quel possesso che nella maggior parte dei casi egli già ritiene di fatto. »

[1] Art. 925.

[2] Art. 927.

Nel deferire la successione *ab intestato*, il Codice civile italiano, prende a base il principio della parentela naturale in tutta la sua purezza, la quale alla per fine trionfò nel diritto romano.

Conseguente a questo principio, l'anzidetto Codice ha stabilito un sistema successorio legittimo sostanzialmente identico a quello delle Novelle 118 e 127, superiormente esposte: le differenze sono lievi: due di esse riguardano la parentela legittima, le altre, la parentela naturale, e il vincolo coniugale, siccome fra poco esporremo; ma tanto le une quanto le altre gli fanno grande onore. Esso non distingue i successori legittimi in regolari ed irregolari. La qualità di successore legittimo è eguale per tutti; nè soffre punto alterazione per il diniego del possesso ereditario fatto in certi casi ai figli naturali: perocchè tale diniego è giustificato dai motivi economici che or'ora ricordevamo.

§. CCXLIV.

V'hanno tre classi di successori; quella dei parenti legittimi, quella dei parenti naturali, quella del coniuge. Viene per ultimo lo Stato.[1]

[1] Art. 721.

La prima classe si distingue in tre ordini: dei discendenti, degli ascendenti e dei collaterali.

I figli e discendenti legittimi del defunto sono naturalmente i primi chiamati e succedono, ne' congrui casi, per diritto proprio o di rappresentazione che ha luogo fra i medesimi senza limitazione. I figli legittimati, gli adottivi e i loro discendenti sono pareggiati ai legittimi. Non si fa alcuna distinzione tra maschi e femine.[2]

Mancando i discendenti, vengono gli ascendenti. Il prossimo esclude gli altri, senza distinzione di linea; ove siano a gradi eguali in ambedue le linee, l'eredità spetta per metà a ciascuna linea. Però gli ascendenti non sono chiamati alla successione ad esclusione dei fratelli e delle sorelle del defunto o loro discendenti: ma la quota degli ascendenti non può mai essere minore del terzo.[3]

Quando non vi sono ascendenti, vengono i fratelli e le sorelle del defunto e loro discendenti, e successivamente gli altri congiunti. La rappresentazione ha luogo fra i discendenti di

[2] Art. 736 e 737, 729 e seg.
[3] Art. 738 e 740.

fratelli e sorelle premorti, come nel primo ordine di successori legittimi cioè all'infinito. Fra gli altri congiunti non ha luogo la rappresentazione; il prossimo esclude gli altri.

In questa successione de' collaterali, il Codice civile italiano (tacendo della estensione illimitata data al diritto di rappresentazione) ha fatto parziale innovazione al diritto romano e al codice parmense, al sardo ed all'estense che lo avevano seguito in tutto anche in cotale successione. Perocchè ha chiamato a succedere coi germani i consanguinei e gli uterini, attribuendo però la metà della quota che sarebbe loro spettata, se germani anch' essi.[1] Secondariamente ha limitato la devoluzione della medesima successione ai congiunti del decimo grado.[2]

§. CCXLV.

Nel regolare poi la successione dei parenti naturali, il nostro Codice meritamente non equipara il figlio naturale al legittimo per rispetto alla famiglia legittima, che è base e fondamento della

[1] Art. 740 e seg.
[2] Art. 742.

società, correggendo per tal guisa il diritto romano che, in ordine alla successione della madre e degli ascendenti materni, non faceva differenza fra i figli naturali ed i legittimi. Ma al tempo stesso non respinge assolutamente il figlio naturale a fronte dei legittimi in omaggio al vincolo di sangue, che pur sussiste fra lui e i suoi genitori, ed in osservanza dei diritti e dei doveri proclamati dalla stessa legge sul riconoscimento volontario o forzato, correggendo così e il diritto romano, che non concedeva ai figli naturali verun diritto sulla successione del padre e degli ascendenti paterni, e quelli fra Codici italiani che loro accordava soltanto il diritto agli alimenti.

Alla stregua di questo duplice ordine di considerazioni che contemperano necessariamente il principio della presunta affezione, il suddetto Codice chiama i figli naturali in concorso dei figli legittimi e loro discendenti; ma attribuisce loro solamente la metà della quota che loro sarebbe spettata, se legittimi, con facoltà a quelli di soddisfarla in denaro o in beni ereditari.[1]

Mancando figli e discendenti legittimi del defunto, i figli naturali di lui non escludono,

[1] Art. 744.

come i legittimi, gli ascendenti ma concorrono con essi, prendendo due terzi dell'eredità e rimanendo così l' altro terzo agli ascendenti del genitore naturale. Nè manco escludono il coniuge del loro defunto genitore, conseguendo allora due terzi ed anche meno, secondo che succedono in concorso del solo coniuge od anche degli ascendenti del defunto.[1]

In mancanza delle sopranominate persone, i figli naturali succedono in tutta l'eredità, ad esclusione di tutti gli altri congiunti.[2]

§. CCXLVI.

In fine il nostro Codice, valutando a dovere i rapporti che vengono costituiti fra coniugi dalla intima società, dalla comunanza di affetto, dall'assidua e comune partecipazione ai travagli della vita e dalle comuni cure prestate alla prole, e attenendosi strettamente al principio della presunta affezione, concede diritti di successione al coniuge superstite, contro il quale non siavi una sentenza di separazione passata in giudicato, sulla eredità del defunto.

[1] Art. 745.
[2] Art. 747.

Questi diritti variano secondo la qualità dei parenti del coniuge defunto che concorrono col superstite.

Di fatti il coniuge, in concorso coi discendenti legittimi del defunto, ha diritto sull'eredità di lui all'usufrutto di una porzione ereditaria eguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge. Concorrendo figli naturali coi legittimi, l'usufrutto del coniuge è di una porzione uguale a quella che tocca a ciascun figlio legittimo. Però in verun caso l'usufrutto può essere maggiore del quarto dell'eredità.[1]

Il coniuge non perde tale usufrutto, passando a seconde nozze, che non si riguardano più coll'occhio sfavorevole delle pregiudicate opinioni del passato.

Mancando i discendenti legittimi, la quota di successione viene devoluta al coniuge in proprietà. Essa è il terzo, il quarto o due terzi dell'asse ereditario, secondochè egli si trova in concorso *a)* con ascendenti, figli naturali fratelli e sorelle, o loro discendenti, *b)* con ascendenti legittimi e figli naturali, *c)* con altri parenti in grado successibile. Da ultimo non

[1] Art. 753.

non essendovi congiunti in grado di succedere, l'eredità del coniuge defunto viene devoluta per intero al coniuge sopravivente.[1]

§. CCXLVII.

In ordine alla successione testamentaria, già accennammo, che il nostro Codice civile divide il patrimonio di una persona, in quanto voglia disporne, in due parti, l'una indisponibile o riservata a determinati congiunti, e costituente la loro legittima, in osservanza dei doveri morali e giuridici che al defunto incombevano verso di questi; l'altra disponibile a favore di chiunque non incapace di ricevere per testamento o per donazione.

§. CCXLVIII.

Hanno diritto alla legittima i discendenti e gli ascendenti legittimi, i figli naturali ed il coniuge sopravivente.[2]

La legittima dovuta ai discendenti è sempre la metà dell'asse ereditario, quella degli ascen-

[1] Art. 754 e 754.
[2] Art. 805 e 807.

denti è sempre il terzo.[1] Si tiene conto per tal guisa dell'elemento economico in modo assoluto, avuto riguardo alla pluralità dei casi, e non in modo relativo, avuto riguardo al numero dei chiamati; col quale lo scopo economico si raggiunge soltanto in parte; perocchè la proporzionalità deve avere un limite, il quale si riscontra assai presto nella materia in parola. Inoltre rispetto alla legittima dei discendenti resta evitato l' inconveniente della incertezza sulla trasmissione della proprietà, nel caso in cui sopravvenga un'altro figlio.

La quota di riserva devoluta al figlio naturale è la metà di quella che gli spetterebbe, se fosse legittimo, quando si trovi in concorso di discendenti o ascendenti legittimi del testatore. Per il calcolo della medesima fanno numero anche i figli legittimi, rimanendo impedito per tal guisa che il figlio naturale possa conseguire una quota maggiore di quella spettante a ciascun figlio legittimo. Essa poi si detrae dalla porzione disponibile, per modo che non può mai recar pregiudizio agli altri eredi, aventi diritto a riserva.[2] Per ultimo i figli legittimi hanno

[1] Art. cit.
[2] Art. 815 e 818.

facoltà di soddisfarla in denaro o in beni immobili ereditari a giusta stima.[1]

Quando non vi sono discendenti nè ascendenti legittimi del testatore, la quota riservata al figlio naturale è due terzi di quello che gli spetterebbe, se fosse legittimo; per modo che egli non viene mai a conseguire per diritto di riserva una porzione eguale a quella devoluta ai figli legittimi.[2]

I discendenti legittimi del figlio naturale premorto possono reclamare la riserva che sarebbe spettata al loro genitore, se sopravivente.[3]

Da ultimo la riserva devoluta al coniuge è sempre in solo usufrutto e perciò non costituisce una vera legittima e non gli attribuisce la qualità di erede. Essa riserva è l'usufrutto di una porzione eguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima, comprendendo nel numero dei figli il coniuge, quando vi sono figli o discendenti: è di un quarto o di un terzo, secondo che vi sono ascendenti, o mancano del tutto eredi aventi diritto a riserva.[4] Anche la riserva dovuta al coniuge si detrae

[1] Art. 815 alinea, cong. coll'art. 744 alinea.
[2] Art. 816.
[3] Art. 817.
[4] Art. 812-814.

dalla porzione disponibile; di modo che non arreca alcun pregiudizio agli eredi aventi diritto a riserva. Per evitar poi ogni imbarazzo nella divisione ereditaria, è data facoltà agli eredi di soddisfare alle ragioni del coniuge mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia o l'assegno di frutti di immobili o capitali ereditari.[1]

§. CCXLIX.

Non si fa luogo nel nostro diritto a diseredazione. Ma se a primo avviso può sembrare che ciò si allontani dal diritto romano, pure lo stesso principio che nel giure romano fece introdurre la diseredazione, l'ha fatta escludere nel nostro. In vero la diseredazione nel diritto romano fu stabilita a favore dei figli del testatore, che, giusta la famosa legge dell' *uti legassit*, poteva preterirli e disporre di tutto il suo patrimonio a favore di altre persone. Ed a favore dei figli e più generalmente, dei legittimari, non è ammessa la diseredazione dal nostro diritto; perocchè essa importerebbe la perdita della riserva che di primo tratto la legge loro accorda.[2]

[1] Art. 819.

[2] Vedi Relazione Pisanelli, Lib. III, pag. 22.

« Ma un altro ordine di idee viene a respingere la diseredazione. Le cause principali che vi fanno luogo sono già annoverate fra le cause d'indegnità. Vien quindi meno in gran parte la sua giuridica importanza. Se non che nelle cause d' indegnità è la legge che pronunzia l' esclusione del colpevole, lasciando tuttavia al testatore la facoltà di perdonare, riabilitandolo alla successione.

« Ma nella diseredazione la legge non pronunzia, non colpisce, essa arma il testatore del diritto di pronunziare e di colpire. Suppone che nell'ultimo atto della vita civile, nell' ora solenne dei moribondi, un padre possa per sentimento di vendetta proclamare il disonore della prole, dichiarando sconoscente il figlio, o deturpando il nome della figlia. La supposizione è immorale. Come può mai conciliarsi colla dottrina del perdono? Se la legge ne avesse il potere dovrebbe, per onore dell' umanità, cancellare la parola del testatore, non sanzionarla. Essa potrebbe ancora domandare al genitore offeso, se parte della colpa e del disonore che cerca di riversare sulla prole non spetti pure a lui.

« D' altra parte se talvolta i figli gravemente demeritarono verso i genitori, la giuri-

sprudenza appena ricorda qualche raro caso in cui i genitori abbiano cercato di vendicarsi colla discredazione. I magistrati non vi fecero mai buon viso. Ciò prova che essa non risponde ai principi della odierna civiltà.[1] »

§. CCL.

Ci resta a segnalare come strettamente connessa col nostro soggetto, la rappresentazione che il nostro Codice, ad imitazione dell' Austriaco, ammette a favore dei discendenti dell' erede istituito e del legatario, allorquando sarebbero chiamati alla successione, se questa si devolvesse *ab intestato.*[2]

Con cotale rappresentazione nelle successioni testamentarie, per quanto estranea al diritto romano, il nostro Codice mira direttamente e più completamente allo intento che la legge romana in modo indiretto e più ristretto conseguiva colla rottura del testamento, per cui l' eredità si deferiva *ab intestato.*[3]

[1] Relazione Pisanelli Lib. III. pag. 22. e 23.
[2] Art. 890.
[3] Vedi Relazione Pisanelli Lib. III. pag. 23. e 25.

§ CCLI.

Nel tratteggiare lo svolgimento storico delle successioni per sommi capi, noi abbiamo fermato principalmente l'attenzione sopra tre grandi epoche, la romana, la mediovale e la moderna.

Ma in ciascuna di esse ci è avvenuto di vedere che la costituzione speciale della famiglia, il potere del capo di casa, la suggezione a lui dovuta dai membri della stessa famiglia, la relazione che l'ordinamento di essa aveva con la costituzione politica, l'ufficio che questa attribuiva ai maschi, e il pregio in cui erano tenute le femine, sono stati sempre gli elementi che hanno informato le leggi successorie legittime. E a misura che alle istituzioni arbitrarie e fattizie dovute alla barbarie dei tempi e alla rozzezza della civiltà sottentrarono le istituzioni naturali suggerite a gara dalla filosofia e dal cristianesimo, le successioni legittime si normarono sui medesimi progressi, finchè nell'ultimo stadio, mercè del Codice italiano, toccarono quasi il culmine della perfezione.

Appresso ai romani la successione legittima si deferiva agli *heredes sui*, agli *adgnati* e ai *gentiles*, perchè appunto la costituzione della

famiglia legale, uffiziale, nelle sue più estese ramificazioni, componevasi dei soggetti alla *patria potestas* o alla *manus* del suo capo, degli *adgnati* e dei *gentiles*. Era chiusa per lo contrario a tutti gli altri che si fossero presentati nella nuda qualità di parenti naturali di sangue, di *cognati*.

Ma a poco a poco la parentela naturale, i vincoli di sangue rivendicarono i loro diritti nella *bonorum possessio* e nelle Costituzioni imperiali, finchè Giustiniano coronò l'opera sì collo stabilire un completo sistema di successione legittima, sì ancora col portare a perfezione l'istituto della legittima.

Ma nel mentre nell'oriente di Europa si maturava e compieva cotale meravigliosa riforma, dal Settentrione venivano nuovi popoli, i Germani, che nuove idee, nuovi costumi e nuove leggi portavano in mezzo al cadente impero.

I Germani d'indole bellicosa e costituiti per la guerra erano anche nella famiglia quasi membri confederati, per la pace e per guerra.

Siffatta organizzazione da una parte generava fra i parenti quel complesso di rapporti speciali che fu detto *solidarietà* dei parenti, causa alla sua volta della comprietà della famiglia, e dal-

l'altra poneva le femine inabili alla guerra in una posizione relativamente inferiore a quella de' maschi. Di qua il carattere speciale della successione germanica, specie di continuazione commista ad investimento piuttosto che acquisto della proprietà dei beni della famiglia a titolo universale, e la esclusione delle femine dalla successione dei beni medesimi.

Nel periodo feudale la successione legittima dei feudi, messa da un lato l'idea della famiglia, dovette in tutto uniformarsi all'ufficio che i medesimi erano chiamati ad adempiere nella costituzione politica di quel tempo.

Il periodo statutario è, come dire, il riflesso o la trasformazione del periodo feudale. Benchè prive di giurisdizione e diritti quasi sovrani, si vollero mantenere potenti e doviziose le famiglie. Quindi nella successione legittima, le femine dovettero cedere il loro luogo ai maschi. Lo spirito di questo periodo si manifestava ancor più nella successione testamentaria; perocchè colla istituzione de' maggioraschi e delle primogeniture i maschi stessi dovettero inclinarsi avanti a quello che aveva avuto la ventura di nascere per il primo, ravvisandolo, come lo stipite rinnovato della casa.

La civiltà nel secolo XVIII aveva di molto progredito, e racchiudeva in grembo gli elementi e la forza per un progresso immenso. La rivoluzione dell'89 precipitò gli avvenimenti e di un tratto recò innovazioni che le riforme pacifiche dettate dalla scienza non avrebbero potuto introdurre che a grado a grado. L'eguaglianza degli uomini divenne un dogma; la donna riebbe la sua posizione naturale nella famiglia; fu abolita ogni maniera d'istituzione feudale e privilegiata; la proprietà acquistò il suo libero movimento, scevra di pesi, di vincoli e di servitù signorili, e per tal guisa disparve dalla successione legittima ogni differenza fra maschi e femine, fra beni aviti, ed acquistati, fra beni paterni e materni. Il diritto dell'individuo e quello della famiglia furono rispettivamente riconosciuti e soddisfatti con la quota disponibile e la riserva.

Il Codice Napoleonico fu il più ardito e il più benemerito ad un tempo; perchè osò formulare in articoli di legge una dottrina che generalmente sentita non era stata del pari nitidamente percepita. Ma per la imperfezione che accompagna sempre le cose umane non potè scuotere del tutto l'influenza del passato, nè veder chiaramente tutte le dispo-

sizioni legislative che la civiltà dei tempi dimandava.

Settant'anni di esperienza e di studi, l'opera incessante della giurisprudenza e le rinvigorite tradizioni romane hanno condotto il legislatore italiano a rendere quasi perfetta l'opera sua.

FINE.

INDICE

*

OPERE

DELLO STESSO AUTORE

1. Dizionario di Legislazione e Giurisprudenza civile, commerciale, amministrativa e penale. In corso di stampa il IV volume. Roma, Fratelli Pallotta editori. Firenze, Fratelli Cammelli. Milano, Libreria Bolchesi.

2. Codice civile italiano commentato con la legge romana, la giurisprudenza e le sentenze dei Dottori. Firenze, Fratelli Cammelli editori.

   a) Commento sulla distinzione de' Beni, della Proprietà e delle servitù personali. – 2ª edizione in corso di stampa. Un volume in 8.°

   b) Commento sulle Servitù legali. – 2ª edizione prossima a pubblicarsi. Un volume in 8.°

   c) Commento sulle Servitù stabilite per fatto dell' uomo. Un volume in 8.° Milano, Libreria Bolchesi. Firenze, Fratelli Cammelli.

   d) Commento sul Contratto delle Locazioni. Un volume in 8.° Firenze, Fratelli Cammelli.

3. Istituzioni di Diritto Civile Italiano. Volumi cinque; l' ultimo de' quali è in corso di stampa. Firenze, Pellas editore, e Fratelli Cammelli.